

THÈSE DE
PARIS.
1884.
N^o. 45.

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU JUS SEPULCRI

DROIT FRANÇAIS

DE LA DIFFAMATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 18 décembre 1884, à 1 heure

PAR

Joseph FAYOUT

Président : M. GARSONNET, professeur.

<i>Suffragants :</i> {	MM. DEMANTE,	} <i>professeurs.</i>	
	DESJARDINS,		} <i>agrégé.</i>
	LAINÉ,		

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, boulevard Saint-Michel, 52

1884



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546314_0036

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU JUS SEPULCRI

DE LA DIFFAMATION

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

Joseph FAYOUT

Président : M. GARSONNET, professeur.

Suffragants :	{	MM. DEMANTE,	}	professeurs.
		DESJARDINS, LAINÉ,		agrégé.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement



PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, boulevard Saint-Michel, 52

1884

DROIT ROMAIN

DE JOSEPH BÉGIN

A MON PERE

ARCHAÏQUE. 1888

1888

DROIT ROMAIN

DU JUS SEPULCRI

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

CROYANCES SUR L'ÂME ET SUR LA MORT

De même que toute religion suppose la croyance à l'existence d'une divinité quelconque ; de même le culte des morts suppose nécessairement la croyance à l'immortalité de l'âme. Les hommages, les prières, les offrandes, les sacrifices, en un mot, tous les actes constitutifs d'une religion ou d'un culte, ne peuvent s'adresser qu'à un être quel qu'il soit, réel ou fictif, conçu par la raison ou créé

par la foi. Cet être, ce Dieu, dans le culte des morts, c'est l'âme considérée comme immortelle.

Dire que les Romains honoraient leurs morts, qu'ils avaient pour eux un culte, une religion, c'est dire et prouver par cela même qu'ils croyaient à l'immortalité de l'âme.

Aussi ancienne que Rome, la croyance à l'immortalité de l'âme a traversé toutes les phases de la civilisation romaine avec des formes diverses ; elle a subi les contre-coups des transformations qui se sont opérées dans les mœurs de la religion des Romains sous l'influence de la littérature et de la philosophie grecque, et aussi sous l'influence des événements politiques et sociaux qui marquèrent le dernier siècle de la République et les premiers temps de l'Empire. Mais si à toutes les époques elle ne présente pas ce caractère de vérité universelle qu'elle avait au début, elle a, cependant, toujours été la croyance de l'immense majorité des citoyens.

Lucrèce est un des premiers qui ait nié l'immortalité de l'âme et qui ait affirmé qu'après la mort il n'y avait que le néant. Voici en effet ce qu'il nous dit :

*Multo igitur mortem minus ad nos esse putandum,
Si minus esse potest, quam quod nihil esse videmus* (1).

Lucrèce formulait ainsi, l'un des principes fondamentaux de la doctrine épicurienne.

1. Lucrèce. Livre 3, vers 938.

A partir de Lucrèce, le nombre de ceux qui nient l'immortalité de l'âme, va en augmentant. Et il faut avouer que jamais à aucune époque, l'état des mœurs, ainsi que l'état politique et social, ne furent plus favorables au développement de l'incrédulité et des doctrines matérialistes.

Cicéron lui-même, quoique stoïcien, n'a pas, sur l'immortalité de l'âme, une opinion solidement établie. Il a été en proie aux mêmes hésitations que beaucoup de ses contemporains. Il a nié et affirmé tour à tour l'immortalité de l'âme. Ces contradictions nous sont révélées par les *Tusculanes*. Dans un passage il s'écrie (1) : *Quæ anus est tam delira, quæ timeat ista*. Quelle est la vieille femme assez folle pour croire à toutes ces inventions des philosophes ! Dans un autre passage, il nous dit qu'il ne combat pas l'opinion de ceux qui croient qu'après la mort tout est fini (2). Et cependant, Cicéron croyait à l'immortalité de l'âme. Voici ce qu'il nous dit dans ces mêmes *Tusculanes* : *Errare me Hercule malo cum Platone, quam cum istis vera sentire* (3). Ces contradictions nous font connaître le véritable état de l'esprit de Cicéron. Il veut l'immortalité de l'âme parce qu'il la sent nécessaire ; il ne peut se résoudre à croire que la destinée humaine s'accomplisse tout entière dans cette vie, surtout en présence des malheurs qui fondaient de toutes parts sur Rome, en présence des

1. Cicéron. *Tusculanes*, livre 1, 21, 48.

2. Cicér. *Ibid.* 1, 21, 49.

3. Cicéron. *Tusculanes* 1, 17, 39. La foi de Cicéron est expliquée dans le songe de Scipion.

crimes et des fureurs de la guerre civile. Mais, il y avait lutte entre son cœur et sa raison. La croyance à l'immortalité de l'âme n'était chez lui qu'un acte de foi suffisamment autorisé par l'exemple de Platon. Toute la pensée de Cicéron me semble résumée dans cette sentence d'Épicharme :

Emori nolo, sed me esse mortuum nihilo æstimo.

Mais, même à cette époque, dans un milieu si favorable au développement du scepticisme, la croyance à l'immortalité de l'âme était encore la croyance du peuple, et Caton lisait le Phédon avant de mourir.

Sous l'Empire, l'incrédulité fait de nombreux progrès. Des inscriptions gravées sur des tombeaux, prouvent qu'un assez grand nombre de citoyens ne croyaient pas à une autre vie. On retrouve souvent sur les tombeaux ces mots :

SOMNO ÆTERNO. SECVRITATI.

Le mort est endormi d'un profond sommeil dont rien ne peut le tirer. La mort c'est le néant.

Voici une inscription qui nie formellement l'immortalité de l'âme :

(1) L. MAECIVS. MARCVS. REFECIT
ÆTERNA. DOMV. LIB. LIBERTAB.
POSTERIS. QVE. EORVM.
NON. FVI. ET. SO (2) NON. ERO. NON. MIHI. DOLET.

1. Orelli. 4811.

2. Sum.

Dans une autre inscription nous retrouvons la même négation : *Nunc fueras, nunc es iterum ; nunc desinis esse* (1).

Pline l'Ancien, dans son *Histoire naturelle*, soutient que la mort est la fin de tout, et qu'après elle, il n'y a rien. Voici comme Pline s'exprime à ce sujet (2) :

« Pour nous, la mort remet les choses dans l'état où elles étaient à l'époque de la naissance. Pas plus après la mort, qu'avant la naissance, il n'y a de conscience, ni de sensibilité, soit pour l'âme, soit pour le corps. La vanité des hommes imagine une continuation de l'existence après la mort, et invente une vie nouvelle, comme si notre haleine n'était pas la même que celle des autres créatures, et comme s'il n'y avait pas dans le monde, des choses de plus longue durée, que personne n'a jamais songé à proclamer immortelles. Moyens de faire taire les enfants. Chimères d'être mortels qui veulent continuellement retarder leur fin. *Puerilium ista delinimentorum, avidæ que nunquam desinere, mortalitatis commenta sunt*. S'il est doux de vivre, pour qui peut-il être doux d'avoir vécu ? *Etenim si dulce vivere est ; cui potest esse vixisse ?* »

On ne peut faire une profession de foi plus franchement matérialiste.

Tacite n'avait pas sur l'immortalité de l'âme une conviction bien arrêtée (3). Racontant la mort d'Agricola, il

1. Renier. *Inscriptions d'Algérie*, 717.

2. Pline. *Histoire naturelle*. Edition Lemaire. Livre, 7. 56 et s.

3. Tacite. *Agricola*, 46.

forme le vœu, qu'Agricola jouisse du repos qu'il a si bien mérité, si toutefois, dit-il, les grandes âmes ne meurent pas : *si, ut sapientibus placet, non cum corpore extinguuntur magnæ animæ* (1). Tacite considérait donc l'immortalité de l'âme comme le privilège des grands hommes. Les âmes des autres hommes, s'éteignaient avec la mort, et pour elles, il n'y avait pas d'autre vie.

Quintilien (2) considère comme une question controversable et controversée, la question de savoir si l'âme survit au corps, ou si elle s'évanouit avec lui.

L'immortalité de l'âme paraissait à Juvénal, une invention à laquelle les enfants eux-mêmes ne croyaient pas (3).

*Esse aliquid manes et subterranea regna
Et contum et stygio ranos in gurgite nigros,
Atque una transire vadum tot millia cymba
Nec pueri credunt, nisi qui nondum ære lavantur.*

Mais ces négations, timides ou hardies, de l'immortalité de l'âme, n'étaient le fait que d'un petit nombre de philosophes, de littérateurs et de citoyens, et il ne faut pas nous faire illusion sur leur nombre. Ils ne furent jamais qu'une minorité. Battue en brèche, par des philosophes, des poètes, l'immortalité de l'âme trouva des défenseurs éloquents et convaincus parmi les philosophes et les poètes.

1. C'était la doctrine de Chrysippe.

2. Quintilien. 5. 14.

3. Juvénal. Satire 2. Vers 149 et suiv.

A Lucrèce nous pouvons opposer Virgile ; à Pline l'Ancien, Senèque et Plutarque. Le peuple resta fidèle aux vieilles traditions, et de toutes les croyances populaires la croyance à l'immortalité de l'âme a été la plus persistante et la plus vivace. Juvénal a beau prétendre que les enfants eux-mêmes ne croient plus aux mânes ; c'est une exagération évidente. Comment, en effet, expliquer la croyance au nocher Carron, et cet usage rapporté par Lucien, d'après lequel on mettait une obole dans la bouche des morts ?

Après avoir établi que l'immortalité de l'âme était la croyance de la majorité des Romains à toutes les époques, demandons-nous comment les Romains concevaient cette immortalité ; quelles idées ils avaient sur les conditions de l'autre vie. Cette étude est indispensable pour comprendre et expliquer le culte des morts à Rome.

La vie se continuait après la mort dans les mêmes conditions, mais dans un milieu différent. L'âme et le corps passaient de la terre dans le tombeau ; la mort ne produisait pas d'autre effet que ce déplacement. Les conditions de la vie terrestre n'étaient pas changées. L'âme restait unie au corps, et habitait le sépulcre où elle était enfermée avec le corps. Cette croyance que l'âme des morts était contenue dans le tombeau, se trouve attestée dans un vers de Virgile (1) :

Animam que sepulcro

Condimus.

1. Virgile, *Æneide*. Livre 3. Vers 67.

Cicéron exprime la même idée lorsqu'il dit : *Sub terra censebant reliquam vitam agi mortuorum.*

Le mort conservait les mêmes habitudes, les mêmes goûts, que sur la terre ; il éprouvait les mêmes besoins que l'homme vivant, il avait soif, il avait faim ; et ces besoins exigeaient impérieusement une satisfaction qui évidemment ne pouvait être procurée que par les vivants ; c'est là l'origine et l'explication des cérémonies funèbres.

De même que l'homme vivant avait une maison, le mort devait avoir la sienne qui était le sépulcre ; elle était indispensable à son repos, à son bonheur au même titre que nos maisons sont nécessaires pour nous abriter et nous permettre de nous reposer. Si les vivants ne prenaient pas soin d'élever aux morts un sépulcre, l'âme était vouée à un malheur perpétuel. Elle errait. Son malheur la rendait malfaisante (1). Elle se vengeait de l'état où l'impiété des vivants l'avait réduite ; elle détruisait les moissons, elle faisait naître des épidémies. Les vivants étaient donc intéressés directement au bonheur des morts (2).

La privation de sépulture vouant à une existence malheureuse, était, on le comprend, redoutée comme la plus grande des infortunes.

Mais, si la sépulture était la condition essentielle et fondamentale du repos et du bonheur de l'âme, elle n'était pas la seule. L'homme, avons-nous dit, conservait dans le

1. C'est ce qui explique la croyance aux revenants.

2. Virgile, *Æneide* VI, 371-379. Horace, Ode 23. Vers 23. Livre I.

tombeau les mêmes besoins que sur la terre. Les vivants devaient donc fournir aux morts tout ce qui était nécessaire pour satisfaire à leurs besoins ; ils devaient leur donner à boire et à manger. De là les repas funèbres destinés aux morts. L'accomplissement des cérémonies funèbres s'imposait avec d'autant plus de force, que les âmes des morts étaient considérées comme des dieux véritables (1) qui sauraient réclamer ce qui leur était dû, punir la négligence et l'impiété des vivants, ou bien, au contraire, témoigner leur reconnaissance aux hommes en les comblant de bienfaits. Les morts, en effet, dans les idées romaines, devenaient des dieux. On les appelait Mânes (2). Comme les *di superi*, ils avaient un culte, des prêtres dans chaque famille, des autels. C'est ce que nous apprend Virgile, quand il fait dire à Enée (3) :

Mæstas que sacravimus aras.

Indispensables au bonheur du mort, les cérémonies funèbres étaient également indispensables pour le bonheur et la tranquillité des vivants. La prospérité de la famille, la prospérité de l'État étaient liées à la stricte observation des rites funéraires ; le culte des morts répondait donc dans la religion romaine, à un double intérêt, l'intérêt domestique et l'intérêt national. Si les morts étaient honorés, si les cérémonies funèbres étaient exactement observées, leur

1. Cicéron, *de Legibus*, 2, 22.

2. Cicéron. *Ibid*, 2, 9.

3. Virgile, *Æneide* 5, Vers 47.

protection était acquise aux hommes. Sous le nom de Lares, ils devenaient les divinités bienfaisantes et tutélaires, ils se mêlaient à toutes les affaires de la cité ; car le culte dont ils étaient l'objet les avait pour ainsi dire retenus dans ce monde, dont leur corps était sorti, et leur avait conservé un intérêt dans les affaires humaines. Leur influence se traduisait par l'abondance des récoltes, par le succès de la politique et des armes romaines ; elle se faisait sentir partout. Si, au contraire, les morts étaient négligés, ils devenaient sous le nom de Lemures, des dieux malfaisants, ils exerçaient contre les vivants de terribles représailles, et les rappelaient à l'observation de leurs devoirs, en châtiant leur impiété et en les frappant des plus grands malheurs. Telles étaient les idées des Romains sur l'autre vie. Ils ne se sont pas élevés à la conception de l'immortalité de l'âme, telle qu'elle a été comprise, par exemple, par le christianisme. Ils n'ont pas considéré la vie future, comme destinée au châtiment et à la récompense de la vie terrestre. Dans la religion romaine, l'homme n'a pas à rendre compte de sa conduite, après sa mort ; les méchants et les bons entrent dans la tombe, absolument égaux ; tous ont droit au repos et au bonheur, et ce repos, ce bonheur sont entre les mains des vivants. Sans doute, sous l'influence de la littérature grecque, les croyances sur le séjour des morts, sur les conditions de l'autre vie subirent de grandes modifications ; sans doute, on disait que la vertu devait être récompensée et que le vice devait être puni. Le livre VI de l'Énéide de Virgile est là pour l'at-

tester. Mais ces idées nouvelles ne pénétrèrent pas les masses, ou si elles les pénétrèrent, il faut reconnaître qu'elles n'exercèrent aucune influence sur le culte des morts, qui resta ce qu'il était, et se développa, comme si les anciennes croyances avaient conservé tout leur empire. Le culte des morts présente donc ce spectacle bizarre, d'une institution religieuse, survivant à la ruine des idées, qui lui avaient donné naissance, persistant intacte et immuable, du moins dans ses grandes lignes, au milieu des notions nouvelles sur les destinées de l'âme.

C'est à ces idées primitives des Romains sur l'autre vie, qu'il faudra nous reporter sans cesse, à toutes les époques, pour étudier et expliquer les cérémonies funèbres. Elles étaient d'une grossièreté évidente. Le culte des morts n'est pas destiné uniquement à assurer la félicité des morts ; il n'est pas désintéressé. On pourvoit au bonheur des morts, parce qu'il est la condition du bonheur des vivants. Cette conception égoïste a réagi sur le culte des morts à Rome. Si les cérémonies funèbres présentent un incontestable caractère de grandeur, elles sont d'une désolante sécheresse.

CHAPITRE II

DU CULTE DES MORTS

Sous cette dénomination générale nous comprenons toutes les cérémonies funèbres. Un ordre logique s'impose à nous dans cette partie de nos études.

Nous déterminerons dans une première section quelles sont les personnes qui doivent conduire les funérailles.

Dans une seconde section nous décrirons les funérailles.

Une troisième section sera consacrée aux cérémonies funèbres postérieures aux funérailles. Ce sont ces cérémonies qui constituent à proprement parler le culte des morts, lorsqu'on prend ce mot dans un sens étroit.

Enfin dans une quatrième section nous étudierons la créance des frais funéraires.

SECTION I

Quelles personnes doivent conduire les funérailles ?

Les funérailles sont à la charge de ceux que le testateur a désignés. C'était l'habitude à Rome de régler par testa-

ment jusqu'aux moindres détails des funérailles. Les testateurs poussaient l'amour de la réglementation à un tel point, que l'initiative des survivants, en cette matière, était pour ainsi dire totalement supprimée ; ils choisissaient la personne qui devait conduire leurs funérailles, *curator funeris* ; ils fixaient la somme qui devait être dépensée, la hauteur de leurs bûchers, les dimensions de leurs sépulcres, la nature des matériaux qui devaient être employés pour les construire. En fait, ces volontés des testateurs étaient peu respectées. Pline le jeune nous parle d'un homme célèbre de son temps, Virginius Rufus, dont le sépulcre n'était pas encore achevé dix ans après sa mort. Pline profite de cette circonstance pour incriminer d'une manière générale l'incurie des héritiers, et pour conseiller à ses contemporains de pourvoir eux-mêmes à la construction de leurs sépulcres, et de ne pas se décharger de ce soin sur des héritiers, le plus souvent négligents ou avares (1).

La loi elle-même, il faut bien le dire, autorisait la violation des dernières volontés des mourants, et elle avait raison. Le goût du luxe, le désir de se distinguer, d'attirer l'attention publique une dernière fois, par des prodigalités inouïes, amenaient certains testateurs à insérer dans leurs testaments des clauses véritablement insensées, et que Papinien qualifie durement d'*ineptas*. Ulpien, plus poli, traite les héritiers assez naïfs pour les exécuter d'*homies simpliciores*.

1. Pline le Jeune. Livre 6, Lettre X.

Les clauses les plus fréquentes imposaient aux héritiers, l'obligation d'enterrer avec le défunt, des sommes importantes en or, ou en argent, des bijoux, des vêtements précieux. Malgré le profond respect que la loi romaine avait pour les dernières volontés des mourants, Papinien n'hésite pas à décider que ces clauses n'avaient aucune espèce de valeur, et n'étaient nullement obligatoires (1). L'application de cette règle est faite dans beaucoup de textes (2).

Souvent la désignation du *curator funeris* était accompagnée d'un legs d'une somme d'argent, destinée à couvrir les frais des funérailles. Si le *curator funeris* ne remplit pas la mission que lui a imposée le testateur, il perd le bénéfice du legs qui a pu lui être fait (3) ; et, dans le cas où, après avoir reçu la somme d'argent fixée par le défunt, il ne conduirait pas les funérailles, les héritiers auraient contre lui l'action *de dolo*, pour obtenir la restitution des deniers, détournés ainsi de leur destination (4). Ulpien va même plus loin, et donne au prêteur le droit de contraindre le *curator funeris* à procéder aux funérailles (5).

Lorsque les dépenses réelles auront été inférieures aux dépenses prévues par le testateur, les héritiers pourront également demander la restitution des sommes qui n'ont

1. Loi 113, § 5, Dig. *De legatis*, I.

2. Loi 14, § 5, Dig. *De Religiosis*. Loi 40 § 5, 2, Dig. Livre 34. Titre 2.

3. Loi 12, § 4, Dig. *De Religiosis*.

4. Loi 14, § 2. Ibid.

5. Loi 14, § 2, Ibid.

pas été employées. C'est ce qui est formellement décidé par le jurisconsulte Scévola (1). Seulement, ce jurisconsulte se borne à consacrer le droit des héritiers, et ne nous fait pas connaître la nature de l'action, par laquelle cette restitution pourra être demandée. C'est à l'interprète, qu'il appartient, à défaut de texte, de rechercher quelle action compétera aux héritiers. Il y a une première hypothèse, sur laquelle aucune difficulté n'est possible ; c'est celle où le *curator funeris* est un cohéritier. Les sommes qu'il n'a pas employées font partie de l'actif héréditaire, elles sont dans l'indivision ; et le versement à la masse à partager en sera exigé par l'action *familiæ erciscundæ*. Plus délicate, est l'hypothèse où le *curator funeris* n'est pas un cohéritier. Pour résoudre cette difficulté, demandons-nous à quelle espèce d'obligation peut être assimilée l'obligation du *curator funeris*. J'écarte d'abord toute assimilation avec les obligations résultant du contrat de mandat. Le mandat devrait en effet se former entre le *curator* et le défunt ; or il y a là une impossibilité juridique. Mais ne peut-on pas dire, qu'en recevant des mains de l'héritier, la somme d'argent destinée aux funérailles, le *curator funeris* a contracté une obligation envers les héritiers, et que cette obligation peut

1. Loi 88, § 1. Livre 31, tit. 2.

2. Cette assimilation aurait pu en apparence s'autoriser de la loi XII, § 17, *Mandati*. Mais un examen rapide de ce texte condamne l'assimilation. Dans notre loi, en effet, il s'agit d'un mandat intervenu entre le testateur, alors qu'il était vivant et un tiers. Ce mandat avait pour objet la construction d'un sépulchre pour le mandant. Il n'y a donc aucun rapport entre les deux hypothèses.

être rattachée naturellement à une *datio ob rem*? En premier lieu, il est bien certain que le *curator* avant d'avoir reçu l'argent, n'est nullement obligé. Il est libre de décliner la mission que le testateur a voulu lui confier. Son obligation ne naît que du jour de la remise des deniers pour procéder aux funérailles, et elle naît alors au profit des héritiers. En second lieu, ai-je dit, cette obligation doit être assimilée à une *datio ob rem*. Cela est évident. Le *curator funeris* reçoit une somme d'argent pour la dépenser entièrement, pour l'employer à un objet déterminé. S'il ne dépense pas toutes les sommes qui lui ont été remises, il n'exécute pas son obligation, au moins pour une partie, et il doit la restitution de ce qui reste entre ses mains. Cette restitution sera demandée par une *condictio causa data causa non secuta*. J'ajoute qu'il y aura lieu à la *condictio causa data causa non secuta*, seulement dans les cas où la bonne foi du *curator funeris* sera évidente. Dans le cas contraire, si le *curator funeris* est de mauvaise foi, le fait de s'approprier les sommes destinées aux funérailles constitue une sorte d'abus de confiance et c'est l'action *de dolo* qui sera donnée aux héritiers.

Lorsque le défunt n'a pas désigné de *curator funeris*, la charge des funérailles revient aux héritiers institués; s'il n'y a pas d'héritiers institués, elle passe aux héritiers *ab intestat*. S'il n'y a ni parents, ni héritiers soit institués, soit *ab intestat*, le premier venu peut ensevelir un mort.

Le prêteur est investi par la loi de la mission de faire procéder aux funérailles des morts que personne ne veut

se charger d'ensevelir (1). Le magistrat municipal a les mêmes attributions que le préteur. L'un et l'autre disposent, pour l'accomplissement de cette mission, de pouvoirs très étendus. Ils fixeront souverainement le montant des frais funéraires, d'après la fortune et la position sociale du défunt (2). S'il y a de l'argent monnayé dans l'hérédité, on s'en servira pour payer les frais funéraires ; s'il n'y a pas d'argent le préteur fera procéder à l'aliénation des choses sujettes à dépérissement ; ou bien il donnera en gage des objets précieux dépendant de l'hérédité, ou fera recouvrer des créances pour se procurer l'argent nécessaire aux funérailles (3).

SECTION II

Des funérailles.

Les funérailles à Rome relevaient exclusivement de la religion domestique. La religion nationale n'y prenait aucune part. Les Pontifes exerçaient sans doute un droit de surveillance et de contrôle sur tout ce qui avait trait aux funérailles ; mais on ne voit pas qu'ils y aient joué un rôle direct et actif. Cette absence des ministres de la religion dans des cérémonies si importantes, intéressant à la fois

1. Loi 12, § 6, Dig. *De Religiosis*.

2. Loi 12, § 5, Ibid.

3. Loi 12, § 6. Loi 13 et 14, *Princip*. Dig. *De Relig*.

les morts et les vivants, s'explique très naturellement. Les Romains considéraient que le cadavre souillait tous les objets qui entraient en contact avec lui, toutes les personnes qui l'approchaient. La simple vue d'un mort était une souillure.

Il fallait à tout prix en préserver non-seulement les Pontifes, mais encore tous les autres prêtres des divinités reconnues à Rome, pour qu'ils pussent remplir les devoirs inhérents à leurs fonctions religieuses, et pour que le culte de la cité ne subit aucune interruption. Car le prêtre, souillé par un cadavre, devait procéder à une purification préalable, avant de reprendre l'exercice de son ministère, et cette purification pouvait demander un certain temps. On comprend donc aisément pourquoi les funérailles s'accomplissaient sans le concours des prêtres romains (1).

Après ces considérations générales, abordons la description des nombreuses cérémonies dont se composent les funérailles.

Certains auteurs font commencer les cérémonies funèbres au moment où l'homme rend le dernier soupir (2). D'après eux lorsqu'une personne était sur le point de mourir, ses parents se pressaient autour d'elle, surveillaient attentivement les phases de son agonie, et lorsque le

1. Certains objets avaient la même propriété que le cadavre et souillaient ceux qui les touchaient. De ce nombre était la fève qui était un mets réservé aux morts. D'après Festus, le Flamen Dialis ne pouvait toucher une fève; il ne pouvait même pas prononcer le mot de fève. *Fabam nec tangere nec nominare Dialis flamini licet.*

2. Kirchman. Livre 1, cap. 5, Labatut. *Funérailles romaines*, page 3.

dernier moment leur paraissait arrivé, l'un d'entre eux s'approchait du mourant et recueillait avec sa bouche son dernier soupir. On cite à l'appui de cette opinion deux textes : le premier de ces textes est emprunté à Cicéron : *Matres pernoctabant, ab extremo complexu liberum exclusæ : quæ nihil aliud orabant, nisi ut filiorum extremum spiritum ore excipere sibi liceret.*

Le second texte est emprunté à Virgile. Ce texte est pris dans la description de la mort de Didon. Anna devant le corps de sa sœur, s'écrie :

*Date, vulnera lymphis
Abluam, et, extremus si quis super halitus errat,
Ore legam.*

Ces textes ont-ils la portée absolue qu'on veut leur donner, et permettent-ils de conclure à l'existence de l'usage en question ? Nous ne le pensons pas. Nous croyons qu'il n'y a dans ces expressions employées par Cicéron et Virgile qu'une métaphore, sur la portée de laquelle les auteurs dont nous critiquons la manière de voir, se sont trompés. Virgile et Cicéron veulent seulement exprimer dans un langage noble et élevé, une idée des plus simples, l'assistance aux derniers moments d'un mort. *Excipere postremum ore spiritum* n'est que la traduction dans le style oratoire et poétique de cette idée. Le texte de Cicéron et

1. Cicéron. *Verrines*, Livre 5.

2. Virgile. *Énéide* 4, vers 684.

celui de Virgile (1) ne nous autorisent pas à aller plus loin. Cette interprétation se trouve confirmée par un texte de Tacite (2). Tacite se plaint avec amertume de n'avoir pu assister aux derniers moments d'Agricole et de n'avoir pu lui rendre les devoirs suprêmes. *Auget moestitiam, quod adsidere valetudini, fovere deficientem, satiari vultu, complexu, non contigit : excepissemus certe mandata voces que*. De l'*exceptio postremi spiritus ore*, pas la moindre mention. Croit-on que si elle eût constitué un devoir envers les morts Tacite ne se serait pas plaint d'avoir été mis dans l'impossibilité de l'accomplir ? Aussitôt après la mort ces cérémonies proprement dites commençaient.

Une personne, ordinairement le plus proche parent, s'approchait du mort et l'appelait par son nom, comme pour s'assurer qu'il était bien mort (3). La constatation du

1. Remarquons que dans les circonstances de fait auxquelles s'appliquaient les paroles de Cicéron, l'accomplissement de ce devoir, si devoir il y a, était absolument impossible. Il s'agit, ne l'oublions pas, dans le texte de Cicéron, du supplice des navarques. Leurs mères demandent aux géoliers et aux bourreaux, *postremum spiritum ore excipere*. Or, les navarques vont avoir la tête tranchée ! Si donc, on donne aux expressions de Cicéron le sens absolu, on fait dire une absurdité au grand orateur. Leur sens naturel et vrai n'est-il pas plutôt que les mères sollicitaient la faveur d'assister aux derniers moments de leurs enfants et de leur adresser les adieux suprêmes ? L'expression : recueillir le dernier soupir d'un mourant, existe dans la langue française. Que dirait-on si un interprète lui donnait le sens que l'on veut donner à l'expression *postremum spiritum ore excipere* ?

2. Tacite, *Agricola*, 45.

3. Ovide, *Tristea*, 3, 3, vers 43. On ajoutait quelquefois Vale : Ovide, *Metam.*, X, vers 62. — Lucain, livre 2, vers 23, *nondum conclamata corpora*, corps à peine refroidis.

décès une fois faite, la même personne qui avait interpellé le mort s'écriait : *conclamatum est*, « tout est fini ».

On fermait les yeux du mort (1) on ramenait ses membres le long de son corps, et on lui retirait ses anneaux. Pendant ce temps-là on s'empressait de planter à la porte de la maison du défunt une branche de cyprès pour écarter tous ceux que la vue ou le contact du cadavre aurait pu souiller, comme le Pontife ou le flamme de Jupiter (Virgile, Vers 64. *Enéide*, Livre 3).

Un parent ou un ami se rendait ensuite au temple de Vénus Libitinæ (2) faire la déclaration du décès. Les administrateurs de ce temple ou *libitinarii* remplissaient les fonctions de nos officiers de l'état civil, en ce qui concerne les décès. Ils mentionnaient les décès qu'on venait leur déclarer sur leur registre, et percevaient pour cela un droit appelé *arbitrium* (3). Les *libitinarii* étaient aussi des entrepreneurs de pompes funèbres ; ils fournissaient tout ce qui était nécessaire pour les funérailles, le personnel et le matériel (4).

Aussitôt que la déclaration d'un décès leur avait été faite, les *libitinarii* envoyaient, lorsqu'ils en étaient requis, une troupe d'esclaves à la maison mortuaire. Ces esclaves étaient chargés de procéder à la dernière toilette du mort.

1. Virgile. *Ænéide*, 9, vers 486. Ovide, *Amor.*, I; *Élégie*, 9, vers 49; *Tristes*, 3, 3, vers 43. Lucain, livre 3, vers 740.

2. Dezobry. *Rome au siècle d'Auguste*, tome 3, p. 25. Suét. Nero. 39, dit : *Triginta funerum millia in rationem Libitinæ venerunt*.

3. Cicéron. *Pro Domo*, 37.

4. Dig., livre 14, tit. 3. Loi 5, § 8.

On les appelait *pollinctores* (1). Ils prenaient le cadavre, le déposaient par terre, le lavaient et l'embaumaient (2) ; puis ils revêtaient le mort de sa plus belle robe. Lorsque le défunt était citoyen romain, il était revêtu de la toge ; il emportait dans le tombeau, avec sa qualité de citoyen romain, le vêtement qui en était le signe extérieur (3). Si le défunt avait exercé une fonction publique, on le revêtait de ses insignes. Les magistrats portaient la robe prétexte ; les censeurs, une robe de pourpre (4), et les triomphateurs une toge brodée d'or.

Le visage du mort était recouvert d'une espèce de mixture à base de fleur de farine, de pollen (5), destinée à cacher l'altération des traits produite par la mort. On comprendra toute l'utilité de cet usage, si l'on songe que les morts restaient exposés très longtemps. On plaçait même un masque sur le visage du défunt, lorsque le genre de mort auquel il avait succombé, avait rendu ses traits méconnaissables (6).

On mettait ensuite le mort sur un lit de parade élevé dans l'*atrium* de la maison (7). C'était la *collocatio* ou

1. Dig., loi, 5, § 8, liv. 14, tit. 3.

2. Virgile. *Ænéide*, livre 6, vers 218.

3. Juvénal. *Satire* 3, vers 171. Dig., loi 19, livre 15, tit. 3.

4. Appian, p. 135.

5. C'est de pollen (fleur de farine) qu'est venu le mot de *pollinctores*, par lequel on désignait les esclaves des *libitinarii*.

6. C'était le *funus larvatum*. Kirchman, liv. 2, chap. 9.

7. Ovide. *Tristes*, 3. *Elégie* 3, vers 40. Pers., *Sat.* 3, vers 103. Dion Cassius, livre 58, chap. 2.

l'exposition. La tête du mort était découverte, pour que tout le monde pût vérifier le décès. Les pieds du mort sortaient de la couche, comme pour indiquer que le mort allait partir pour sa nouvelle demeure (1).

Les couronnes que le mort avait obtenues en récompense des services rendus à la cité, étaient placées avec lui sur le lit de parade (2). Autrès du lit brûlaient des torches.

On répandait des fleurs sur le mort, on lui adressait un dernier adieu en criant : *vale, vale*. Juvénal nous dit que l'on mettait une pièce de monnaie dans la bouche du mort (3). Cet usage n'était pas connu des premiers Romains. Il ne put s'introduire à Rome qu'après la conquête de la Grèce. Après le dernier adieu adressé au mort, la famille réunie faisait entendre des lamentations. Il est plus que probable que les pleureuses que nous rencontrerons, plus loin, faisaient leur première apparition, à ce moment des cérémonies funèbres, et qu'elles sont déjà chargées de provoquer et de diriger l'expression de la douleur.

L'exposition publique du cadavre dans l'*atrium*, durait un certain nombre de jours. Sur la durée qu'il convient d'assigner à l'exposition publique, il s'est produit des divergences parmi les interprètes. Servius commentant les vers suivants de Virgile :

1. Perse. *Satire* 3, vers 105. Pline l'Ancien, liv. 7, 8. *Ritu naturæ capite hominem gigni mos est, pedibus efferi.*

2. Cicéron. *Legibus*, 2, 24. La loi des XII Tables prescrivait de placer sur la tête du mort les couronnes qu'il avait obtenues de son vivant.

3. Juvénal. *Satire* 3, vers 267.

*Prætereo, si nona diem mortalibus alium
Aurora extulerit* (1).

assigne à l'exposition la durée fixe de sept jours pleins. Voici comment s'exprime Servius : *Sciendum, quia apud majores, ubi quis fuisset extinctus, ad suam domum referebatur : unde est. Sedibus hunc refer ante suis. Et illic erat septem diebus : Octavo incendebantur : Nono sepeliebantur.*

Pour Servius l'exposition avait une durée fixe et uniforme, sans qu'il y eut lieu de distinguer entre les funérailles.

Kirchman (2), qui reproduit l'opinion de Servius, la combat, et selon nous avec toute raison. L'exposition publique ne durait sept jours pleins que dans les funérailles *indictiva vel publica*. Dans les funérailles qualifiées de *tacita* ou *acerba*, la durée de l'exposition était moindre. La preuve nous en est fournie par des textes. Cicéron parlant de la mort d'un (3) enfant, *acerbum funus*, nous dit, qu'à la onzième heure cet enfant étant en pleine santé : bien avant la nuit il était mort ; et le surlendemain on le portait sur le bûcher. Autre preuve fournie par Tacite. Britannicus et Agrippine furent ensevelis quelques heures après avoir été tués par les ordres de Néron (4).

La durée de l'exposition variait donc suivant le carac-

1. Livre 5. *Ænéide*, vers 64 et 65.

2. Kirchman. Livre 2, chap. I, *in fine*.

3. Cicéron. *Pro cluentio*, 9.

4. Tacite. *Annales*, livre 14, chap. 9. Livre 13. chap. 17.

rière des funérailles. Ajoutons qu'il n'y avait pas d'exposition pour les gens pauvres et de basse condition. L'exposition était le privilège des riches et des patriciens.

Toute cette première partie des cérémonies funèbres s'accomplissait dans l'intérieur de la maison. C'est à tort que nous les appelons cérémonies funèbres. Ce sont plutôt des usages *funèbres* qui s'étaient transmis de génération en génération. Ils ne faisaient pas partie des formalités imposées par les Pontifes. On pouvait y manquer sans compromettre le bonheur ou le repos du défunt.

A l'expiration du délai assigné pour l'exposition publique, délai variable, nous l'avons vu, on enlevait le cadavre et on le transportait au lieu où il devait être brûlé et enseveli ; c'était la seconde phase des cérémonies funèbres. On les appelait *exsequiæ* ou *funus* ou *funera*. C'est ce dernier mot que nous emploierons de préférence.

Avant d'en faire la description, il convient de préciser les traits généraux des *funera*, et d'en énumérer les diverses espèces.

Les Romains n'ont pas connu l'égalité devant la mort. Le caractère des *funera*, la pompe, le luxe qu'on y déployait dépendait de la fortune de chacun. Les citoyens pauvres n'avaient pour ainsi dire pas de funérailles. Leurs cadavres étaient enlevés la nuit, et portés sans bruit, à la fosse commune. Les funérailles des riches se faisaient au contraire en plein jour avec tout le luxe et toute la pompe que l'imagination peut rêver.

Les Romains n'apportaient pas, même au début de la

République, dans leurs funérailles, la simplicité qu'ils affectaient dans tous les actes de leur vie privée ou politique. On est stupéfait à la lecture des funérailles des grands hommes. Le luxe s'y étalait sans mesure.

Comme on ne redoutait plus le mort, on ne lui ménageait plus les honneurs qu'on lui avait peut-être mesurés avec parcimonie de son vivant. La splendeur des funérailles était la revanche de l'orgueil comprimé pendant la vie, c'était la récompense de la modestie feinte que le grand homme, général, dictateur, consul avait été forcé d'observer pour ne pas éveiller les susceptibilités d'un peuple jaloux et défiant à l'excès. Il faut bien croire que le luxe dans les funérailles n'était pas reprouvé par les anciennes mœurs romaines, quand nous voyons Caton, observateur scrupuleux des vieilles traditions, déployer dans les funérailles de son frère un luxe vraiment inouï. Plutarque (1) dans sa vie de Caton, nous raconte, que les funérailles de son frère, coûtèrent à Caton, la somme énorme de huit talents, ce qui fait environ quarante mille quatre cent quatre-vingts francs de notre monnaie.

Le déploiement du luxe alla si loin, que le législateur intervint à plusieurs reprises pour le réprimer. Ces tentatives, comme bien on le pense, furent stériles. Notre intention n'est pas d'exposer ici et en bloc, toutes les mesures législatives tendant à la répression du luxe ; nous les ferons connaître successivement dans le cours de cette étude, lorsque nous

1. Plutarque. *Vie de Caton*. Edition Ricard, page 629, tome 2.

serons amené par notre sujet à en parler. Elles auront alors la place qui leur est assignée par la logique ; et elles seront d'autant plus claires et plus intelligibles.

Nous trouvons donc déjà deux genres de funérailles. Le premier comprend les funérailles des pauvres. Comme nous l'avons vu, elles ne comptent pas à Rome. Dans le second nous rangerons, je ne dis pas seulement les funérailles des riches, mais celles de tous les autres citoyens. Ce deuxième genre se subdivise en plusieurs espèces. Au premier rang, il faut placer les *funera indictiva* et les *funera publica*.

Les *funera indictiva* (1) étaient ainsi appelées, parce que le jour fixé pour les funérailles, le public était convoqué par un héraut, *per præconem*. Le héraut parcourait les rues de Rome et criait : *Ollus, letho datus est* (2). Un texte de Terence nous apprend, qu'à cette formule de convocation le héraut ajoutait : *Exsequiis quibus est Commodum ire, jam tempus est* (3). Ces funérailles étaient les funérailles ordinaires des citoyens riches, des patriciens.

Dans les *funera publica*, nous retrouvons la convocation par l'organe d'un héraut. Les *funera publica* étaient donc aussi des *funera indictiva*. Mais il faut se garder de les confondre et de donner au mot *indictivum* et *publicum* le même sens. Un *funus indictivum* peut être *publicum*, mais

1. Festus. *Indictivum funus, idest, ad quod per præconem evocabatur.*

2. Varron. Livre 7, 3, page 328.

3. Terence *Phormion*, acte 5. Scène 9, vers 1025 et 1026.

non pas nécessairement. Les *funera indictiva* étaient des funérailles purement privées. Les *publica* étaient faites aux frais du trésor public. Il est très probable que les convocations *per præconem* ne furent usitées d'abord que dans les *funera publica*. Mais comme cet usage flattait l'orgueil et le goût de luxe naturels aux Romains, il s'introduisit peu à peu dans les funérailles des simples citoyens.

Dans les premiers siècles de la République, les *funera publica* étaient considérées comme la récompense des services rendus à l'Etat. Le sénat seul pouvait décider que les funérailles d'un citoyen seraient faites aux frais du trésor public (1). Sous l'Empire, ce droit passa aux mains des empereurs, qui en abusèrent. Auguste les prodigua sans discernement à ses créatures (2).

Les *funera publica* se divisaient elles-mêmes en plusieurs classes.

Il y avait d'abord les *funera collativa* ; c'étaient celles qui étaient faites au moyen de souscriptions publiques. Plutarque nous apprend, que Publicola fut enterré avec les ressources provenant d'une souscription publique. Chaque citoyen contribua pour une somme égale au quart d'un as (3).

1. Cicéron Philipp. 9, § 7.

2. Le Sénat, même sous l'empire, discernait encore les funérailles publiques. Un exemple en est donné par Suétone (Vitellius, 3). Voyez encore. Tacite, Annales. Livre 3, chap. 48.

3. Plutarque, *vie de Publicola*. Valère-Maxime nous apprend que les funérailles de Fabius Maximus furent faites aussi par souscription. Livre 5, 2, 3.

Il y avait ensuite le *funus consulare, prætorium, censorium, triumphale*, suivant qu'il s'agissait d'un consul, d'un prêteur, d'un censeur ou d'un général auquel les honneurs du triomphe avaient été décernés. On reconnaissait ces funérailles diverses au costume des assistants. Polybe nous dit en effet que les assistants *vestes capiunt; si consul vel prætor fuit, purpura prætextas: si censor, purpureas: si triumphalis, auro intextas* (1).

Les *ensoria funera* paraissent avoir été les funérailles les plus éclatantes, les plus belles, les plus honorables. C'est ce qui résulte de deux textes empruntés à Tacite. Dans le chapitre 15 du livre 4 de ses Annales, Tacite nous dit que le *ensorium funus* fut décerné à Lucilius Longus, quoique ce fut un homme nouveau (*novo homini*). Dans le chapitre 2 du livre 13 des Annales, nous voyons le sénat accorder le *ensorium funus* à Claude. C'étaient donc les funérailles réservées aux grands dignitaires de l'Empire et à l'empereur.

Aux *funera publica et indictiva*, il faut opposer les *tacita funera* (2). C'étaient les funérailles les plébéiens. C'est pour cela, que certains auteurs les appellent *plebeia funera*. Elles avaient lieu sans pompe et sans luxe (3).

On appelle *funera acerba*, celles des enfants qui sont morts avant d'avoir pris la toge virile. Il est inutile de dire

1. Polybe.

2. Ovide. *Trist.* I, 3 vers 21 et 22.

3. Quelques auteurs, entre autres Suétone, Néron. 33 appellent ces funérailles *funus translaticium*. Festus les appelle *simpludiarea* et les oppose aux *funera indictiva*.

que la convocation *per præconem* était inconnue dans les *funera tacita et acerba*.

Maintenant que les diverses classes des funérailles nous sont connues, nous allons en faire la description. Nous prendrons pour type le *publicum funus* (1), comme le plus complet le plus original; nous indiquerons, au fur et à mesure qu'elles se présenteront, les différences qui existaient entre les *publica funera* et les autres. Quant aux funérailles des pauvres nous n'en parlerons plus. Elles consistaient, comme nous l'avons déjà dit, dans le transport effectué de nuit, à la fosse commune.

Le héraut parcourait les rues de Rome, et convoquait le peuple, en prononçant les paroles que nous avons indiquées.

Dans les premiers temps, les funérailles se célébraient la nuit. Ce qui le prouve c'est l'usage des flambeaux et des torches funèbres (2). Dans la suite, les funérailles des simples citoyens continuèrent seules à être célébrées la nuit. Les *funera publica* se firent en plein jour. A quelle heure? Nous ne pouvons répondre avec précision. Il est très pro-

1. Dans un sens restreint et exact, le mot *funus* ne comprend que les cérémonies funèbres qui se placent entre le départ de la maison mortuaire et la crémation. Dans un sens large il désigne l'ensemble des cérémonies.

2. On célébrait les funérailles la nuit pour ne pas exposer les magistrats et les prêtres à être souillés par le contact du cadavre. Les torches étaient destinées à les avertir du passage du convoi funèbre. Les torches employées pour les funérailles étaient faites en cordes enroulées les unes sur les autres, *funes vel funiculi*. Elles étaient recouvertes de suif. C'est du mot *funes* que vient le mot *funus*.

nable qu'elles se célébraient dans l'après midi entre la 9^e et la 10^e heure (3 à 4 heures du soir). Sylla fut enterré à la 3^e heure. Même, dans les funérailles célébrées en plein jour les flambeaux et les torches, quoique devenus inutiles absolument, furent cependant conservés. Il y avait à cela deux raisons : la première, tirée du respect de la tradition ; la seconde d'un ordre purement esthétique. Les lueurs des torches donnaient à la cérémonie un caractère éminemment lugubre.

L'organisation des funérailles était confiée à un homme, appelé *designator*. C'était lui, qui réglait dans ses moindres détails les cérémonies funèbres. Il formait le convoi et assignait à chacun sa place dans le cortège.

Sur un signe du *designator*, le cortège s'ébranlait. Le *designator* marchait en tête. Il était immédiatement suivi de licteurs vêtus de noir, *lictors atri* ou *atrati* (1).

Après eux marchait une troupe de musiciens, de joueurs (2) de trompettes et de flûtes. La loi des XII Tables limitait à dix, le nombre des joueurs de flûte qu'on pouvait faire paraître dans les funérailles (3).

Derrière les musiciens venaient les pleureuses, *præficæ*. Festus nous apprend ce qu'étaient les pleureuses : *Præficæ*, dit-il, *dicuntur mulieres ad lamentandum mortuum conductæ, quæ dant cæteris plangendi modum*. Elle représentaient et personnifiaient la douleur dans les funérailles.

1. Horace, Livre I, épit. 7, vers 6.

2. Ovide, Fastes, VI, vers 655-660.

3. Cicéron, *Legibus*, 2, 23.

Elles s'arrachaient les cheveux, déchiraient leurs vêtements, se frappaient la poitrine. Elles récitaient aussi, d'après Festus, des *nænia* ou poèmes composés à la louange du défunt (1).

Ces scènes lugubres, où les pleureuses jouaient leur rôle, étaient suivies immédiatement de scènes gaies, et même burlesques auxquelles prenaient part des artistes et des bouffons. Il y avait là un contraste frappant. D'un côté, la douleur dans ce qu'elle a de plus affreux ; de l'autre la gaieté, disons mieux, la bouffonnerie la plus triviale.

Un des auteurs des ces scènes grotesques appelé Archimimus représentait le défunt. Il se faisait un visage à la ressemblance du mort, contrefaisait sa voix, sa démarche, ses différentes attitudes (2).

Dans certaines funérailles, des artistes étaient chargés de réciter des vers ayant quelque rapport avec les circonstances dans lesquelles le défunt était mort (3).

A la suite de cette armée de comparses, de musiciens, de chanteurs, de pleureuses et de bouffons, venaient les invités. Les affranchis ouvraient la marche, coiffés du bonnet de la liberté, *pilati*, en signe de deuil. Certains citoyens pour augmenter le nombre des personnes présentes à leurs

1. Ovide, *Fastes*, VI, 668. Cicéron. *Legibus*, 2, 24. Horace. Livre 2, ode 17, vers 21. *Festus* V. *Nænia*. Suet. Aug. 100.

2. Suet. *Vesp.* 1.

3. A la mort de César on récita des vers de Pacuvius commençant par ces mots :

Men servasse, ut essent, qui me pederent.

funérailles, affranchissaient en masse tous leurs esclaves. Il y avait là un danger pour la cité. Une loi *Fusia cannia*, rendue en l'an 761 de Rome, vint limiter l'exercice du droit d'affranchissement par acte de dernière volonté.

Après les affranchis et les invités venaient les lieuteurs, leurs faisceaux renversés (*versi faces*) et les soldats, si le mort était un général, la pointe de leurs armes tournée vers la terre, et quelquefois même désarmés.

Puis venait le corps du défunt. Il était porté sur un lit de parade, splendidement orné, s'il était riche.

Dans les *tacita funera*, le lit était en papyrus (1). Les pauvres étaient placés dans une étroite litière *vilis arca* (2). Cette litière est souvent appelée *sandapilla* (3). Nous nous référons à ce que nous avons dit plus haut, à propos de l'exposition publique, au sujet des vêtements que portait le défunt.

Le corps était porté par les plus proches parents ou par les héritiers (4). Quelquefois les affranchis du défunt étaient chargés de cet office. Souvent les amis portaient le corps de leur ami (5).

Lorsque le défunt avait exercé de grandes fonctions publiques, le corps était porté par les magistrats. César fut porté au bûcher par des magistrats ; le corps d'Auguste,

1. Martial, 8, 44.

2. Horace, livre 1, satire 8, 8.

3. Suet. Domitien, 17. Juvénal, satire 8, vers 175.

4. Horace. Satire 5, Livre 2. Vers 75. Vellius Paterculus I. XI. Valère-Maxime, 4, I, XII.

5. Perse, Satire 3, vers 106.

par les sénateurs, et celui de Germanicus, par les tribuns et les centurions (1).

Dans les funérailles des pauvres, le cadavre était porté par des esclaves, des *libitinarii* appelés *vespillones* (2).

Les mères portaient elles-mêmes au bûcher leurs enfants morts en bas âge.

En avant du lit funèbre, des porteurs à gage portaient les couronnes, les récompenses décernées par le peuple et le sénat ; et, si le défunt avait été chef d'armée, les plans, figures des villes prises et des territoires conquis par lui (3).

A côté du lit funèbre, et comme une espèce d'escorte, on voyait les images des ancêtres. Elles étaient portées tantôt sur de longues piques, tantôt elles étaient placées sur des lits. La loi défendait de dresser plusieurs lits funèbres en l'honneur de la même personne. Cette défense ne fut jamais respectée ; Aux funérailles de Sylla, il y avait plus de 6000 lits. Aux funérailles de Marcellus il y en avait 400. Quelquefois il y avait plus d'images au convoi qu'il n'y avait de personnes. C'est ce que nous apprend l'inscription suivante :

FVNVS. MARCIAE. SEX. F. CVM.
MAJORE. POMPA. IMAGINVM.
QVAM. FREQVENTIA. HOMINVM.

1. Suét. César, 84, Aug., 100. Tacite. *Annales*. Livre 3. Cap. 2.

2. Suét. Domitien, 17. Domitien fut enterré par les *vespillones*. Les *vespillones* étaient ainsi appelés parce qu'ils enlevaient les morts à la tombée de la nuit. Festus, V. *Vespæ*.

3. Ovide. *Artis amatoriæ*, 3, 435, I. Tacite. *Ann.* I, 8. Virgile. *Æneide*. Livre XI, vers 78.

Cet usage de porter les images des ancêtres, s'explique par l'orgueil des familles patriciennes. C'était pour elles, un moyen d'affirmer leur ancienneté, leur puissance, leur illustration, en évoquant pour un moment devant le peuple, le souvenir des grands hommes et des services rendus à l'État (1).

Après le lit funèbre venaient les parents et les héritiers. Les fils avaient la tête voilée ; les filles la tête découverte, (2) les cheveux épars et couverts de cendres.

Hommes et femmes se livraient aux démonstrations (3) de la douleur la plus violente, les femmes surtout (4). Elles se déchiraient le visage, se meurtrissaient les seins, afin d'apaiser les Dieux Mânes. La loi des XII Tables intervint pour réprimer ces manifestations d'une douleur exagérée, pour ne pas dire, insensée. *Mulieres genas ne radunto*, dit la loi des XII Tables, ce qui, d'après Festus, signifie *unquibus ne scindunto genas* (5).

1. Cicéron. *De oratore*. Livre 2. Chap. 55. Tacite. *Ann.* Livre 3, 5, Livre 4, 9. On ne portait pas dans les funérailles les images des ancêtres condamnés pour crimes. Tacite. *Ann.* Livre 2. Chap. 32, 73. Livre 3. Chap. 76. Il est probable que les images de ces ancêtres étaient brisées. Juvénal. *Sat.* 8, vers 18.

2. Plutarque. *Questions romaines*, 14. Plutarque donne deux explications. La première est que les fils doivent honorer leurs pères comme des Dieux, et les filles les pleurer comme des morts. La seconde est que le deuil est le renversement de toutes les habitudes et de tous les usages *Quia luctus maxime congruit, quod est alienum consuetudine*.

3. Ovide. *Fastes*, 2, 813. Lucain, 7, vers 38.

4. Virg. *Æneide*, XII, 609. Livre 4, vers 673.

5. Cicéro. *Legibus*, 2, 25.

Dans leur douleur les parents injuriaient les dieux, les accablaient de malédictions, et se vengeaient du malheur qui les frappait et dont ils considéraient les dieux comme les auteurs, en renversant leurs autels et en jetant leurs statues à bas. Suétone nous rapporte, qu'à la nouvelle de la mort de Germanicus, l'explosion de la douleur publique fut telle que les statues des dieux furent renversées, que des pierres furent lancées contre les portes des temples, et que, certains particuliers, allèrent jusqu'à jeter les statues de leurs dieux Pénates dans la rue, et à exposer leurs enfants nouvellement nés : « *Quo defunctus est die, lapidata sunt templa, subversa deum aræ, lares a quibusdam familiares in publicum abjecti, partus conjugum expositi* (1).

Le cortège traversait les rues de Rome pour se rendre à l'endroit où devaient avoir lieu la crémation et l'inhumation. Dans les funérailles des grands personnages, la foule, avide de spectacles, se pressait sur le passage du cortège (2).

Lorsque le mort avait été un homme public, lorsqu'il avait rendu des services à l'Etat, le cortège traversait le *forum*. Quelquefois il passait par la Porte Triomphale. Cet honneur était réservé aux premiers magistrats et aux empereurs. Quand il s'agit de régler les funérailles d'Auguste, le Sénat, sur la proposition d'un sénateur Gallus Asinius, décréta que le convoi passerait par la Porte Triomphale (3).

1. Suétone. *Caligula*, cap. 5.

2. Tacite. *Annales*. Livre 3. Chap. 4.

3. Tacite. *Annales*. Livre I. Chap. 8.

Sur le *forum*, le cortège s'arrêtait ; un orateur montait à la tribune aux harangues et prononçait l'oraison funèbre du défunt. L'oraison funèbre à Rome s'appelait *laudatio* (1). Le corps était déposé avec le lit qui le portait devant la tribune aux harangues. Suétone nous apprend que pour les funérailles de César, on construisit en face de la tribune aux harangues, une sorte d'autel doré sur lequel fut placé le cadavre du *dictateur* (2).

Dans les premiers temps de la République l'honneur de la *laudatio* n'était accordé qu'aux grands hommes. La première *laudatio* que nous rencontrons dans les annales de Rome, est celle qui fut prononcée par Valérius Publicola en l'honneur de Brutus. L'oraison funèbre était exclusivement réservée aux hommes ; elle était, en principe, refusée aux femmes. Cependant « l'honneur de la *laudatio* fut, à titre exceptionnel, accordé aux femmes. Plutarque en cite un exemple (3), Camille chargé par le sénat de faire le siège de Veïes, avait fait vœu, s'il prenait cette ville, de consacrer la dîme du butin à Apollon. Après la chute de Veïes, l'énivrement de la victoire fit oublier à Camille le vœu qu'il avait fait. Les dieux s'irritèrent de cette négligence impie, et manifestèrent leur colère par des signes, que les devins constatèrent avec terreur. Il fallait apaiser les dieux. Les soldats furent contraints de rapporter le dixième du butin. Le sénat ordonna qu'un cratère

1. Cicéron. *De oratore*, 2, 84. Suet. Tibère 6.

2. Suétone. *Cesar*. 84.

3. Plutarque. Edition Ricard. *Vie de Camille*, page 135.

d'or serait fabriqué et porté au temple de Delphes en grande pompe. Mais l'or manquait à Rome, et on ne put s'en procurer une quantité suffisante pour exécuter les ordres du sénat. L'heure de la réconciliation avec les dieux était donc indéfiniment retardée, et pendant ce temps les plus grands malheurs pouvaient s'abattre sur Rome. Dans cette triste conjoncture les dames romaines vinrent au secours de la République et offrirent tous leurs bijoux. Pour les récompenser de leur générosité, le sénat décida qu'à leur mort, on ferait leur oraison funèbre.

Ce n'était là qu'une exception, et, sous la République, l'honneur de la *laudatio* ne fut accordé qu'à un très petit nombre de femmes. Cicéron rapporte que Popilia fut louée par son fils Catulus (1). Plutarque nous apprend également que César prononça l'oraison funèbre de sa femme, Cornelia. Autorisées par de pareils exemples, les exceptions devinrent de plus en plus nombreuses, et l'ancienne règle qui refusait aux femmes l'honneur suprême de la *laudatio*, ne tarda pas à tomber en désuétude. La *laudatio funebris* fut d'abord exclusivement réservée aux femmes d'origine illustre ; par la suite, on la trouve dans les funérailles des femmes de condition obscure. Aussi, nous voyons que vers l'an 746-752 de Rome fondée, deux femmes, Turia et Mordia, d'ailleurs parfaitement inconnues, reçurent les honneurs de l'oraison funèbre. Les fragments des laudations funèbres, prononcées à l'occasion des funérailles de ces deux

1. Cicéro. *De oratore*, 2, 84.

femmes, nous ont été conservés par des inscriptions (1).

Par qui était prononcée la *laudatio* ?

Elle était prononcée soit par un parent, soit par un ami. L'oraison funèbre de César fut prononcée par Antoine, celle de Marcellus par Auguste ; Tibère prononça la *laudatio* de Drusus, et Caligula celle de Livie, sa bisaïeule (2).

Quelquefois le Sénat désignait un magistrat et le chargeait de prononcer le *laudatio funebris* d'un défunt qui s'était illustré par les fonctions qu'il avait remplies, et les services qu'il avait rendus à l'État. C'est ainsi que l'historien Tacite prononça, pendant son consulat, l'oraison funèbre de Virginius Rufus (3).

Lorsque le Grand Pontife prononçait une oraison funèbre, la face du mort était voilée pendant qu'il parlait. Nous retrouvons ici encore, l'influence de cette idée si puissante à Rome, que la vue et le contact d'un mort étaient une souillure pour les ministres de la religion nationale. Remarquons que cette idée, si elle avait été poussée jusqu'au bout, aurait dû opposer un obstacle insurmontable à toute intervention du Grand Pontife dans les funérailles et lui faire refuser le droit de prononcer la *laudatio funebris*. Mais les Romains ne sont pas allés jusque là.

1. *Enchiridium* de M. Giraud. *Laudationes funebres. Turdiæ et Murdiæ*, page 670-674.

2. Suétone Cæs. 84. Tibère VI. Tacite. *Annales*. Livre 5. Cap. I.

3. Pline le Jeune. Lettre. Livre II, I.

Après la *laudatio*, le cortège s'ébranlait de nouveau, et se remettait en marche pour s'arrêter une seconde et dernière fois, sur l'emplacement choisi pour la crémation et la sépulture.

Avant d'entrer dans la description des cérémonies funèbres qui vont accompagner, précéder et suivre la crémation et l'inhumation, il est indispensable de donner quelques détails sur l'inhumation et sur la crémation, à un double point de vue historique et religieux.

Toutes les cérémonies que nous venons d'exposer dans l'ordre où elles s'accomplissaient et que dans un sens restreint, on qualifiait *de funera*, n'avaient aucune importance au point de vue religieux. On pouvait s'en dispenser sans impiété, le bonheur du mort n'en dépendait pas. La crémation est également dénuée de toute importance aux yeux de la religion. Elle n'a jamais eu à Rome que la valeur d'un procédé particulier, à l'aide duquel on rendait aux morts les derniers honneurs. Ces considérations me serviront à expliquer tout à l'heure, pourquoi je pense que la crémation ne fut jamais obligatoire à Rome et comment, sans appui dans la religion, elle disparut dès les premiers siècles de l'ère chrétienne.

L'inhumation, à la différence de la crémation, avait toute l'importance d'un rite religieux. Indispensable au bonheur du mort, elle l'était également pour la purification de la famille. Aussi, la retrouvons-nous à toutes les époques de l'histoire romaine, au début comme à la fin, sous la République comme sous l'Empire, tantôt constituant l'uni-

que cérémonie funèbre, tantôt au contraire ne jouant, en apparence du moins, qu'un rôle accessoire.

L'inhumation remonte à une très haute antiquité ainsi que le prouvent deux textes, l'un de Pline-l'Ancien (1), l'autre de Cicéron (2).

Il n'est pas moins facile de démontrer l'importance de l'inhumation au point de vue religieux : les preuves abondent. Dans une comédie de Plaute, nous voyons un revenant qui se plaint de ce qu'on l'ait enterré sans observer les formalités prescrites :

Me defodit insepultum (3),

dit-il. J'ai été enfoui ; je n'ai pas été enseveli. Voilà ce que dit le revenant.

Ouvrons Virgile. Dans le Livre VI^e de l'*Ænéide*, nous voyons la Sibylle, ordonner à Enée, avant de tenter la descente aux enfers, d'ensevelir Misène, et de purifier la flotte de la souillure causée par la présence d'un mort.

Le même Virgile, au Livre VI^e de l'*Ænéide*, nous apprend, que les âmes des morts qui n'avaient pas été inhumés ne pouvaient traverser le Styx ; elles erraient pendant cent ans. Alors seulement elles pouvaient passer le Styx et jouir du repos dont elles avaient été privées depuis si longtemps :

1. Pline. *Histoire naturelle*. Livre 7. Cap. 4.

2. Cicéro. *De legibus*. Livre 2, 22, 56.

3. Plaute. *Mostellaria*. Acte 2, Scène 2, vers 71. Suétone. *Caligula*, 59.
Horace, ode 23, vers 21 et suiv. Livre I.

*Hæc omnis, quam cernis, inops inhumata que turba est ;
Portitor ille Charon ; hi, quos vehit unda, sepulti.
Nec ripas datur horrendas et rauca fluenta
Transportare priusquam sedibus ossa quierunt,
Centum annos errant, volitant que hæc littara circum :
Tum demum admissi, stagna exoptata revcsunt.*

Horace, dans une de ses odes, nous montre un mort qui supplie un matelot de l'inhumer, d'assurer le repos à ses mânes en jetant sur son cadavre : *arenæ particulam* (1).

Mais l'inhumation pure et simple ne suffisait pas ; il fallait en observer toutes les formalités avec la plus rigoureuse exactitude.

Le revenant de Plaute, dont nous avons parlé tout à l'heure, n'avait pas été enseveli. Les cérémonies de l'inhumation n'avaient pas été régulières.

Suétone nous raconte, que le corps de Caligula ayant été enterré, sans l'accomplissement des rites prescrits, son âme apparut aux vivants, jusqu'au jour où on déterra le corps pour l'ensevelir régulièrement (2).

Une histoire analogue nous est racontée par Pline le Jeune dans une de ses lettres (3).

Lorsqu'on ne pouvait procéder à l'inhumation d'un mort parce qu'on n'avait pu retrouver son corps on lui élevait un tombeau vide, *inanis*, un cénotaphe. On appelait

1. Virgile *Æneide*. Livre 6, vers 148 et suiv. *Ibid*, vers 324 et suiv.

2. Suétone. Calig. 59.

3. Pline le Jeune. Livre 7. Lettre 7.

l'âme du mort par trois fois. Dans la mesure du possible on suppléait au défaut d'inhumation. Ici nous avons à nous poser une question. La construction d'un cénotaphe produisait-elle les mêmes effets que l'inhumation réelle au point de vue religieux, et assurait-elle le bonheur de l'âme? Je n'hésite pas à répondre affirmativement, et pour deux raisons qui me semblent décisives : 1° Il est certain que l'âme venait se fixer dans le sépulcre qu'on lui élevait. Virgile le dit formellement, à propos d'un cénotaphe :

*Animamque sepulcro.
Condimus* (1).

2° Nous avons vu, d'après Virgile, que les âmes de ceux qui n'avaient pas été enterrés ne pouvaient traverser le Styx qu'après cent ans. Or, Enée rencontra aux enfers l'âme d'un Troyen Deiphobe, dont il n'avait pu retrouver le corps et auquel il avait élevé un cénotaphe. Un cénotaphe suffit donc pour le repos des morts (2).

Les détails que nous venons de donner prouvent assez l'importance de l'inhumation.

Passons maintenant à la crémation.

L'usage de la crémation fut emprunté par les Romains aux Grecs. A quelle époque fut-il importé à Rome? C'est ce qu'il est impossible de préciser. Tout ce que nous pouvons affirmer c'est que la crémation est très ancienne, et qu'elle était certainement connue avant le règne de Numa.

1. Virgile. *Ænéide*, livre 3, vers 67.

2. Virgile. *Ibid.* vers 494 et suiv.

Plutarque le dit formellement. Dans la vie de Numa (1), Plutarque raconte, que ce roi avait défendu par une clause de son testament de brûler son corps. Cette défense prouve évidemment que la crémation était dès cette époque usitée à Rome. Pline l'ancien et Cicéron semblent dire au contraire que la crémation est d'une date récente. Pline dit : *Ipsium cremari apud antiquos non fuit veteris instituti* (2). Il ne faut attacher aux paroles de Pline aucune importance ; car il se contredit lui-même (3). Dans son Histoire naturelle il nous apprend que Numa défendit d'arroser le bûcher avec du vin. La contradiction est assez flagrante pour qu'il soit inutile d'insister sur ce point. Le texte de Cicéron que nous reproduisons en note (4) ne signifie que deux choses c'est que l'inhumation a précédé la crémation, et que la crémation n'avait pas encore à l'époque de Sylla, le caractère d'un usage universel. Le texte de Plutarque reste donc avec toute sa force et toute son autorité et nous

1. Plutarque. *Vie de Numa*.

2. Pline. *Histoire naturelle*, livre 7, cap. 54.

3. Pline. *Ibid.*, livre 14, cap. 14 (Édition Lemaire).

4. Cicéron. *De legibus*, livre 2, 22, 56. *Ac mihi quidem antiquissimum sepulturæ genus illud fuisse videtur, quo apud Xenophontem Cyrus utitur, redditur enim terræ corpus et ita locatum ac situm quasi operimento matris abducitur. Eodem que ritu in eo sepulcro quod haud procul a Fontis ara est, regem nostrum Numam conditum accepimus gentemque Corneliam usque ad nostram memoriam hac sepultura scimus esse usam. C. Marii sitas reliquias apud anienem dissipari jussit ulla dictator. Quod haud scio an timens ne suo corpori possit accidere primus e patriciis Corneliis igni voluit cremari.*

permet de conclure, que très probablement avant Numa, mais certainement sous le règne de Numa, la coutume de brûler les morts s'introduisit à Rome.

A l'époque où la loi des XII Tables fut rendue, la crémation était entrée dans les mœurs et les habitudes des Romains, elle était devenue d'un usage général et attirait l'attention du législateur qui jugeait nécessaire de la réglementer. Un passage de la loi des XII Tables défend en effet de brûler les morts dans l'intérieur de la ville.

A la fin de la République et dans le premier siècle de l'Empire, la crémation était devenue pour ainsi dire universelle. Toute la littérature romaine est là pour le prouver.

Mais même à cette époque, et à plus forte raison dans les premiers siècles de la République, je pense qu'elle ne fut jamais obligatoire.

Le texte de Cicéron que je citais tout à l'heure me semble confirmer cette manière de voir. Il nous dit que Sylla fut le premier de la *gens Cornelia* qui fut porté sur un bûcher, et il nous fait connaître en même temps les raisons pour lesquelles Sylla voulut être brûlé et non pas simplement enterré. Le dictateur redoutait pour son corps les outrages qu'il avait fait subir au cadavre de Marius. Cicéron nous apprend par cela même que Marius n'avait pas été brûlé mais enterré sans crémation préalable (1).

Voici un autre texte, qui fait pour la période impériale, la même preuve que celui de Cicéron pour la fin de la République. C'est un texte de Tacite. Il nous montre que

1. Cicéron. *De legibus*, livre 2, 22, 56.

Poppœa, femme de Néron, ne fut pas portée sur le bûcher, mais simplement enterrée après avoir été embaumée (1).

Nous pouvons nous en tenir là : ces deux textes justifient pleinement l'opinion que nous avons émise. Mais comment s'expliquer que la crémation n'ait pas été obligatoire à Rome ? Cela s'explique, comme nous le disions tout à l'heure, par la considération que la crémation n'eut jamais d'importance au point de vue religieux. Non seulement la crémation n'était pas obligatoire, mais encore on peut dire qu'elle était en fait exclusivement employée dans les funérailles des citoyens riches. Les cadavres des pauvres étaient simplement inhumés ou jetés aux Esquilins (2).

Peut-être en temps d'épidémie, aux époques de grande mortalité brûlait-on tous les cadavres sous distinction par mesure d'hygiène ?

C'est ce qui me semble résulter d'une épigramme de Martial (3). Martial nous parle d'un bûcher qui reçut mille cadavres.

*Quatuor inscripti portabant vile caadver
Accepit infelix qualia mille robus.*

Un autre texte de Macrobe vient à l'appui de cette opi-

1. Tacite, *Ann.*, livre 16. Chap. 6.

2. Cette opinion me paraît être l'opinion du père Lacroix, le savant archéologue qui a découvert les nécropoles romaines de Poitiers. Voyez la communication du père Lacroix aux délégués des sociétés savantes (section d'archéologie). *Journal officiel* du 17 avril 1884, page 2074. 1^{re} colonne.

3. Martial, 8, 75.

nion. Macrobe raconte que, quand on brûlait un grand nombre de cadavres à la fois, on mettait un cadavre de femme sur dix cadavres d'hommes (1).

Ces deux textes me paraissent prouver d'une manière incontestable que les Romains ont pratiqué la crémation en masse. Mais je crois qu'il est non moins incontestable, que c'était un fait absolument exceptionnel.

Certaines catégories d'individus, pour des raisons spéciales, n'étaient pas brûlés, mais simplement enterrés.

Les enfants (2) morts avant d'avoir des dents n'étaient pas brûlés. Le lieu où on les enterrait s'appelait *suggrundarium*.

Les personnes frappées de la foudre n'étaient pas portées sur le bûcher. Tertullien expliquait ainsi cette coutume : *Qui de caelo tangitur salvus est ut nullo igne cinerescat*.

On les inhumait à l'endroit même où la foudre les avait renversées. L'emplacement de leur sépulture s'appelait *bidental*, parce qu'on y immolait des brebis de deux ans (*bidentes*).

Le *bidental* était entouré d'une enceinte qu'on ne pouvait renverser sans commettre un sacrilège (3).

1. Macrobe VII, 7. Macrobe explique cet usage de la manière suivante. La femme a plus de calorique que l'homme; elle s'enflamme plus aisément et amène ainsi une combustion plus rapide du bûcher. Elle renferme avantageusement les essences inflammables dont on se servait d'ordinaire.

2. Plin. *Histoire naturelle*, livre 7, cap. 16. Juvénal, *Satire*, 15, vers 139 et suiv.

3. Festus V. *Bidental*. Horace. *Art poétique*, 471. Perse, *Satire* 2, vers 27. Lucain I, vers 606, 8, vers 864.

Une disposition d'une loi de Numa, rapportée par Festus (1), concernait les personnes atteintes par la foudre. En voici le texte : *In Numæ Pompilii regis legibus scriptum esse : « si hominem fulminibus occisit ne supra genua tollito, » et alibi : « Homo si fulmine occisus est, ei justa nulla fieri oportet. »*

Ces expressions : *ne supra genua tollito* ont, d'après Kirchman, reçu diverses interprétations des anciens auteurs, Kirchman déclare qu'aucune de ces interprétations ne l'a satisfait, et que pour pénétrer le sens de ces expressions *supra genua ne tollito*, il a été obligé de s'adresser à son ami Casaubon. Casaubon lui a répondu et Kirchman nous fait connaître cette réponse. D'après Casaubon, lorsqu'une personne venait de mourir, il fallait la laver, la parfumer. Pour procéder à ces différentes opérations avec plus de facilité, la personne qui en était chargée plaçait le cadavre sur ses genoux. C'est là ce que défendait la loi de Numa. Cette loi signifiait donc uniquement que les personnes foudroyées devaient être enterrées dans l'état où la foudre les avait laissées. Kirchman adopte cette opinion ; adoptons-la, nous aussi (2).

La crémation, sous l'influence du christianisme, ne tarda pas à tomber en désuétude. Certains auteurs prétendent qu'elle fut abolie par les Antonins. Ils se fondent sur un texte de Capitolinus ainsi conçu : *Tanta pestilentia fuit,*

1. Festus V. *Occisus*.

2. Kirchman. Livre I, chap. 3.

ut vehiculis cadavera sint exportata, tunc autem Antonini leges sepeliendi sepulcrorum que acerrimas leges sanc- cerunt : quando quidem caverunt, ut si quis vellet fabri- caret sepulcrum ; quod hodie que servatur (1). Ce texte n'a pas la portée qu'on veut lui donner. Il signifie simple- ment que les Antonins prirent des mesures très sévères, commandées par l'hygiène à une époque d'épidémie, et qu'elles avaient pour objet d'assurer l'ensevelissement rapide des morts et d'arrêter aussi dans la mesure du pos- sible les progrès de la contagion.

Quoi qu'il en soit, à la fin du quatrième siècle la créma- tion était complètement abandonnée. Macrobe qui vivait sous le règne d'Honorius au début du cinquième siècle le dit formellement : *Licet urendi corpora defunctorum usu nostro sæculo nullus sit* (2). L'usage avait disparu.

Après cette longue digression, reprenons la description des cérémonies funèbres. Arrivés à l'endroit où le cadavre devait être brûlé, les assistants se rangeaient en cercle autour du bûcher, sur lequel on plaçait le cadavre avec le lit qui le portait.

On n'était pas libre d'élever un bûcher où on le voulait. Les lois contenaient des dispositions à ce sujet.

La plus importante est celle de la loi des XII Tables qui défendait de brûler un cadavre dans l'intérieur de la ville(3).

1. *Julius Capitolinus. Antoninus Philosophus Vitæ Cæsarum*, page 155.

2. Macrobe, VII, 7.

3. Cicéron. *De legibus*, 2, 23.

Certaines familles avaient conservé le droit de brûler leurs morts dans l'intérieur de Rome. Mais elles n'usaient pas de ce droit ; elles se bornaient à affirmer leur droit à l'occasion des funérailles. Elles portaient leur mort sur un bûcher dressé dans l'enceinte de Rome. On posait une torche sous le bûcher ; après cette formalité, qui constatait et maintenait leur privilège, le corps était transporté hors de Rome pour y être brûlé.

La loi des XII Tables fixait aussi la distance à laquelle un bûcher devait être construit. Cette distance, d'après Cicéron, était de soixante pas (1). On comprend une pareille disposition très aisément. Il fallait prévenir les chances d'incendie que le voisinage du bûcher aurait pu causer. On sait que la basilique Porcia et le palais du Sénat furent incendiés par les flammes du bûcher de Clodius.

Le bûcher était construit en forme d'autel *ara sepulcri*, dit Virgile (2).

Il était construit avec du bois résineux autant que possible. On y ajoutait des essences facilement inflammables. La loi des XII Tables défendait d'employer pour la construction du bûcher du bois poli. *Rogum ascia ne polito* (3).

Suivant le rang du défunt et sa condition sociale, le bûcher avait une élévation plus ou moins grande. D'où

1. Cicéron. *Ibid.* 24, 61.

2. Virgile. *Énéide*, 6 vers 177.

3. Cicéron. *De legibus*, livre 2, 23, p. 59.

l'expression de *plebeius rogos* et *plebeium funus* pour désigner le bûcher et les funérailles des plébéiens (1).

Tout autour du bûcher on disposait une sorte de muraille de cyprès pour arrêter la fumée et empêcher la mauvaise odeur de se répandre au loin (2).

Avant d'allumer le bûcher on remettait les anneaux au mort (3), on lui donnait un dernier baiser (4) et on lui ouvrait les yeux (5).

Les plus proches parents s'approchaient du bûcher avec une torche allumée et y mettaient le feu en détournant la tête

Aversi tenuere facem (6).

comme pour témoigner qu'ils ne faisaient cela que sous l'empire d'une cruelle nécessité.

On priait le vent d'alimenter les flammes afin que le bûcher se consumât plus vite. L'intervention du vent était considérée comme un heureux présage. Plutarque nous dit en effet que pour les funérailles de Sylla il s'éleva un grand vent. Le bûcher fut rapidement consumé et Plutarque

1. Virgile. *Énéide*, 6, vers 214. Lucain 8, vers 736.

2. Ovide. *Tristes*, 3, *Élégie*, 13, vers 21. *Funeris ara mihi ferallincta cupresso*. Virgile. *Énéide*, 6 vers 216.

3. Properce. Livre 4, VII, vers 9.

4. Quintilien. *Declam.*, 4, 22.

5. Virgile. *Énéide*, vers 244, livre 4.

6. Virgile. *Énéide*, 6, vers 234.

ajoute : La fortune parut ainsi vouloir être fidèle à Sylla jusqu'à la fin de ses obsèques (1).

On arrosait le bûcher avec des parfums et on y entassait des essences odorantes. Tacite nous raconte que les habitants des villes dans lesquelles passait le corps de Germanicus apportaient des parfums en grande quantité à Aggrippine. Plutarque nous apprend qu'avec l'encens et la cinnamonne offerts par les femmes romaines pour les funérailles de Sylla, on éleva au dictateur une statue de grandeur naturelle qui fut brûlée avec le bûcher. C'était donc un usage général. Il était cependant défendu par la loi des XII Tables, d'après Cicéron, de jeter des parfums dans les flammes. Il en fut de cette loi somptuaire comme de toutes les autres ; elle resta impuissante (2).

On jetait ensuite dans le bûcher, les vêtements, les insignes du défunt. C'est ce que nous dit Lucain dans les funérailles de Pompée (3).

*Collegit vestes, miserie insignia Magni,
Arma que, et impressas auro, quas gesserat olim,
Exuvias, pietas que togas, velamina summo,
Ter conspecta Jovi, funesto que extulit igni.*

Lorsque le défunt avait été un général, on brûlait avec lui, ses armes, et les dépouilles ravies aux ennemis. Dans la

1. Plutarque, *Syll. in fine*.

2. Tacite *Annales*, livre 3, cap. 2. Plutarque *ibid.* Properce 4, 7, vers 32, Tacite, Germ. 27, Martial X, 26.

3. Lucain 9, vers 175 et suiv. 6, 223.

description des funérailles des Troyens, Virgile nous parle de cette coutume (1).

*Hinc alii spolia occisis direpta Latinis
Conficiunt igni, galeas ensesque decoros.*

Les soldats faisaient trois fois le tour du bûcher *orbe sinistro*, en frappant leurs armes les unes contre les autres et en faisant entendre des gémissements. Les soldats jetaient leurs armes dans les flammes (2).

On vit dans certaines funérailles des personnes se jeter volontairement au milieu du bûcher, Plautius par exemple qui ne voulait pas survivre à son épouse Orestilla. Nous savons encore que Mnester, affranchi d'Agrippine, se perça le sein avec son épée près du bûcher de sa patronne, et Tacite nous apprend que des soldats se donnèrent la mort près du bûcher de l'empereur Othon (3).

Pendant que le bûcher se consumait on faisait des sacrifices au défunt. On immolait en son honneur des animaux dont les chairs étaient ensuite jetées dans les flammes. Quelques vers de Virgile nous montrent que dans une très haute antiquité on sacrifiait des victimes humaines (4).

1. Virgile, *Ænéide*, XI, vers 193-195.

2. Virgile, *ibid*, vers 188-191. Stace *Thebaïde* 6, vers 215.

Lustrant que, **ex**, more sinistro
Orbe rogum, et stantes inclinant pulvere flammos

3. Tacite. *Annales*, livre 14, cap. 9. *Histoires*, livre 2, cap. 49. Valère Maxime, livre 4, cap. 6, 4. Pline l'ancien, livre 7, cap. 36 rapporte que l'affranchi Plotin se jeta dans le bûcher de son patron.

4. Virgile *Ænéide*, livre X, 518-520.

Sulmone creatos.

*Quatuor hic juvenes, totidem quos educat Ufen.
Viventes rapit, inferias quos immolet umbris
Captivo, que rogi perfundat sanguineflammas.*

Pour apaiser les mânes il fallait du sang humain. C'est là l'origine des jeux funèbres et des combats de gladiateurs qui remplacèrent de bonne heure les sacrifices humains. L'usage de ces jeux funèbres remonte très haut dans l'histoire romaine. Le premier combat de gladiateurs dont il soit fait mention est celui qui fut donné en l'an 490 sur le *forum Boarium* par M. et D. Brutus à l'occasion de la mort de leur père (1).

Les combats de gladiateurs (2) n'étaient pas donnés dans toutes les funérailles, mais seulement dans les funérailles que nous connaissons sous le nom de *funera indictiva*. C'est ce qui semble résulter de la définition des *funera indictiva* donnée par Festus : *Indictiva funera*, dit-il, *sunt quibus adhibentur non modo ludi*.

Donc au début il n'y eut de combats de gladiateurs qu'aux funérailles des grands personnages ; car eux seuls avaient droit aux *funera indictiva*.

Mais les combats de gladiateurs ne tardèrent pas à devenir d'un usage général, et les citoyens riches prirent

1. Valère-Maxime, livre 2, cap. 4, § 7.

2. Ces gladiateurs étaient appelés *bustuarii*, Cicéron *in Pison* 9, 19. Cicéron appelle *Clodius gladiator bustuarius* dans le texte que nous citons.

l'habitude d'insérer dans leur testament une clause par laquelle ils ordonnaient à leurs héritiers de donner des combats de gladiateurs le jour de leurs funérailles et au jour anniversaire de leur mort. Deux textes empruntés au Digeste nous en fournissent la preuve (1). Réservés d'abord aux funérailles des hommes les combats de gladiateurs furent donnés par la suite dans les funérailles des femmes. La fille de César est la première femme aux funérailles de laquelle on ait vu combattre des gladiateurs (2).

Lorsque le bûcher était à peu près consumé on l'arrosait avec du vin. Cette coutume s'était perpétuée en dépit des prescriptions d'une loi rendue sous le règne de Numa. Cette loi, connue sous le nom de loi Postumia, défendait, d'après ce que nous rapporte Pline l'ancien, d'arroser le bûcher avec du vin. *Vino rogum ne respergito* (3).

Une fois les flammes éteintes à l'aide de ces aspersions avec du vin, les parents s'approchaient des cendres et recueillaient les os du défunt (4). Cela s'appelait *ossa legere*. Ces personnes qui procédaient au triage des os du mort,

1. Dig. livre 33, loi 12, § 3. Dig. livre 33, 2, loi 16.

2. Suét. *Gaes.* cap. 26. Ces combats de gladiateurs entrèrent tellement dans les mœurs que le peuple faisait entendre des plaintes violentes lorsque des funérailles étaient célébrées sans combats de gladiateurs. Suétone rapporte que la Plebs Pollentina s'opposa un jour de vive force au passage d'un convoi funèbre sur le *forum*, et ne le laissa passer qu'après avoir extorqué aux héritiers des distributions d'argent, et la promesse d'un combat de gladiateurs. Ce fut l'occasion d'une émeute qui rendit nécessaire l'intervention de la force publique. *Tibère* cap. 37.

3. Pline, livre 14, cap. 14. *Histoire naturelle*.

4. Tibulle, livre 3. Élégie 2, vers 9 à 20, livre 4, élégie 1, vers 127,

portaient des vêtements amples et flottants et marchaient pieds nus. Les os d'Auguste furent recueillis par les chevaliers (1).

Les os étaient lavés, arrosés avec des parfums, on les plaçait ensuite dans des urnes funèbres. Ces urnes avaient des noms différents, on les appelait *ossuaria*, ou *cineraria*, *cadus*(2). Le mot *arca* ne désignait pas l'urne funèbre, mais bien plutôt un cercueil. C'était une sorte de boîte en bois ou en pierre (3). Elle était usitée dans les funérailles de ceux que l'on ne portait pas sur le bûcher et principalement dans les funérailles des pauvres (4). Les urnes funèbres étaient tantôt en or, tantôt en marbre, ou en pierre, suivant la condition et la fortune du défunt. Mettre les os dans l'urne s'exprimait ainsi en latin : *componere ossa*.

L'urne était déposée ensuite dans un sépulcre.

Il semble que les funérailles auraient dû être terminées ici. Il n'en est rien.

Parmi les os recueillis au milieu des cendres on en gardait un, os *exceptum*. Ou bien encore on avait eu soin avant de mettre le cadavre sur le bûcher de lui couper un doigt, os *resectum*. Cet os *exceptum* ou *resectum*, était reporté en grande pompe à la maison mortuaire, et on recommençait sur de nouveaux frais de nouvelles funérailles

1. Sueto, Aug. 100.

2. Virgile, *Énéide* 6, vers 226.

3. *Arca lapidea*. Dig. Loi 7, § 1. *De relig.*

4. Horace. Satire 8, vers 8, livre 1.

pour cet os *exceptum*, ou *resectum* auquel on rendait les mêmes honneurs qu'au corps entier. C'était une occasion de dépenses et de luxe et l'orgueil Romain ne manquait pas d'en profiter.

Ce n'était pas cependant pour cela, que l'usage des secondes funérailles s'était introduit dans les mœurs romaines, mais bien par respect des vieilles coutumes et pour assurer le repos et le bonheur des morts. Il nous faut à ce sujet donner quelques explications indispensables, et pour cela remontons un peu en arrière.

L'inhumation avait été au début le seul procédé connu pour rendre les derniers devoirs aux morts. Nous savons quelle importance était attachée à l'inhumation au point de vue religieux et comment la plus petite négligence, la moindre omission dans les solennités de l'inhumation, pouvait compromettre le bonheur du mort dans l'autre vie. Les Pontifes, gardiens de la religion, veillaient à l'observation rigoureuse des cérémonies funèbres.

La religion semblait donc élever un obstacle insurmontable à l'usage de la crémation dans les funérailles. La crémation, en effet, bouleversait de fond en comble les vieilles traditions et menaçait en rendant l'inhumation impossible, les intérêts des morts et ceux de la cité. Cependant, comme elle présentait de très grands, de très réels avantages, les Pontifes cherchèrent le moyen de concilier les exigences de la religion avec les besoins nouveaux. Le moyen ou l'expédient à l'aide duquel les Pontifes sortirent de la difficulté consistait en ceci : On brûlait d'abord les

morts ; puis sur les cendres on jetait de la terre. C'est à cette pratique que font allusion ces vers de Virgile (1) :

Mærentes altu meinerem et confusa ruebant
Ossa, tepidoque onerabant aggere terræ

Mais cet expédient était trop simple, trop commode, et surtout, il avait le défaut capital de ne pas se prêter au déploiement du luxe. Il fallut donc chercher un autre procédé. Les Pontifes le trouvèrent dans les funérailles de l'os *exceptum* ou *resectum*. Il avait le triple mérite, aux yeux des Romains, de respecter la religion, de rendre la crémation possible et de fournir au luxe un prétexte pour s'étaler dans de nouvelles funérailles.

L'usage des *funera* de l'os *exceptum* persista fort longtemps à Rome. Cicéron et Varron nous parlent de l'os *exceptum* et de l'os *resectum* (2). La loi des XII Tables a cependant prohibé les secondes funérailles. Voici ce qu'elle dit : *Homini mortuo ossa ne legito, quo post funus faciat* (3). Il semble que ce texte est bien clair ; il défend de recueillir les os et de leur faire de nouvelles funérailles. Nous n'admettons pas néanmoins cette traduction. Car remarquons-le, les *funera* de l'os *exceptum* étaient autorisées par la religion. La loi des XII Tables se serait donc mise en opposition directe avec la loi religieuse ? Cela est

1. Virgile *Ænéide* X, vers 210-212.

2. Cicéron, *Legibus*, livre, 5, 22, 55. Varron, *livre* 5, § 4, page 33.

3. Cicéron, *Ibid.* 2, 24, 60.

peu probable. Aussi je pense qu'il faut entendre ce passage de la loi des XII Tables de la manière suivante : Il n'est pas défendu de faire des funérailles à l'os *exceptum*, mais uniquement de renouveler la pompe des premières funérailles pour l'inhumation de l'os *exceptum*. C'est une simple disposition somptuaire, j'établirai plus loin que ces *funera* constituaient les *feriæ denicales*.

Cette prohibition ne s'appliquait pas aux soldats morts à l'étranger. On recueillait leurs os et on les reportait dans leur patrie où on leur faisait les funérailles ordinaires (1).

On déposait ensuite les urnes funèbres dans le sépulcre. L'enterrement proprement dit devait avoir lieu, selon toute probabilité, trois jours après que le corps avait été brûlé. C'est ce que semble dire Virgile dans ce vers (2) :

Tertia lux gelidam cælo dimoverat umbram.

Le bûcher devait donc brûler pendant ces trois jours et on l'éteignait le troisième jour. Le vers de Virgile autorise et justifie cette manière de voir. Mais alors on arrive à une impossibilité, et pour être plus exact, à une absurdité. Est-ce que les assistants, les parents restaient auprès du bûcher pendant ces trois jours ? Les auteurs, qui ont traité cette matière des funérailles romaines nous les décrivent comme si les diverses cérémonies dont elles se composaient,

1. Tacite. *Ann.*, Livre 2, chap. 73, 75. Livre 3, chap. I et 8. Cicéron, *Legibus*, 2, 24.

2. Virgile. *Énéide*, 11, vers 210.

se succédaient sans interruption (1). Ils n'ont pas aperçu la difficulté que soulève le vers de Virgile. Pour moi, voici comment je sors de la difficulté. Les parents se retiraient ainsi que les assistants, à l'exception de quelques personnes qui gardaient le bûcher ; puis ils revenaient trois jours après pour recueillir les os et accomplir les solennités de l'inhumation.

C'est ce qui me semble résulter d'un passage de Lucain (2) :

*Juvenis procul adspicit ignes,
Corpus vile suis nullo custode cremantes.*

Ces vers prouvent clairement que les bûchers étaient d'ordinaire gardés et surveillés. Si on admet cette interprétation du passage de Lucain, rien ne s'oppose à ce que l'on considère comme raisonnable l'hypothèse du départ des assistants après que le bûcher a été allumé, et de leur retour trois jours après.

Du reste je distingue entre les deux procédés d'inhumation que j'ai fait connaître tout à l'heure.

Pour le premier, pas de difficulté. On recouvrait de terre les cendres du bûcher et du mort mélangées ensemble, trois jours après avoir allumé le bûcher.

Mais les funérailles de l'os *exceptum* n'avaient pas lieu après le même délai de trois jours. Nous verrons plus loin que les *funera* de l'os *exceptum* avaient lieu lors des *feriae*

1. Notamment Sevius qui, dans son commentaire sur les vers 64 et 65 du livre 5 de l'*Énéide* dit : *Octavo die incendebantur; nono sepeliebantur.*

2. Lucain, Livre 8, vers 744. V. encore Suétone, 84, *in fine*.

denicales et nous verrons combien de jours elles avaient lieu après que les os avaient été recueillis.

Virgile nous indique l'heure précise à laquelle avait lieu l'inhumation. C'était au lever du soleil (1).

Avant de se retirer, les assistants adressaient au mort ou dernier adieu. *Salve, vale æternum* (2). On ajoutait souvent : *Nos te ordine quo natura permiserit cuncti sequemur* (3). On souhaitait au mort de reposer en paix (4); on souhaitait aussi que la terre lui soit légère (5).

Les assistants se séparaient lorsqu'un parent ou une pleureuse avait prononcé cette parole solennelle. *Licet*. (*ire licet*). Les funérailles étaient terminées.

Elles étaient immédiatement suivies d'un banquet funèbre où étaient conviés tous les membres de la famille.

Quelquefois ces banquets purement privés étaient accompagnés de banquets publics, offerts au peuple par les parents ou les héritiers du défunt. César donna un banquet public en l'honneur de sa fille, et Faustus, fils de Sylla, en donna également un en l'honneur de son père (6). On faisait aussi à l'occasion des funérailles d'un citoyen riche des distributions de viande (*viscerationes*) au peuple (7).

1. Virgile. *Ænéide*, XI, vers 210.

2. Virgile. *Ænéide*, XI, vers 97.

3. Servius, sur le vers 68 du livre 3 de l'*Ænéide*.

4. Tibulle. *Élégie* 4, livre 2, vers 48-50.

5. Tibulle. *Ibid.* Properce, livre I. *Élégie* 17, vers 24. Martial, livre 6, vers 68. Livre 5, vers 36.

6. Suétone. *César*, cap. 26.

7. Tite-Live, livre 8, cap. 22. Livre 39, cap. 46. Livre 41, cap. 28.

SECTION III

Du deuil et des cérémonies funèbres postérieures aux funérailles. — Des fêtes des morts.

§ 1. — *Du deuil.*

Avant de parler des cérémonies funèbres postérieures aux funérailles, il est indispensable de donner quelques notions sur le deuil à Rome.

Le mot deuil, en latin *luctus*, reçoit en cette matière une acception différente de celle qu'il reçoit habituellement. Dans le langage courant, il signifie la douleur, la tristesse. Cette définition ne convient pas à notre sujet et doit être remplacée par celle-ci : le deuil est l'espace de temps fixé par les lois pour pleurer les morts.

Cette définition nous montre que, si le deuil était réglé par les mœurs et la tradition, il était aussi et d'une manière souveraine régi par les lois. Il faut croire qu'il y avait eu de bien grands abus, pour que le législateur romain ait jugé à propos d'intervenir afin d'assigner un délai à la douleur des familles. Peut-être cette intervention s'explique-t-elle par cette idée, que la douleur immodérée est indigne d'un homme libre ; et que, si elle était tolérée par les lois, elle ne tarderait pas à détruire ces deux qualités tenues en si haute estime à Rome, l'insensibilité et l'austérité.

Cette ingérence du législateur dans un domaine qui n'était pas le sien a abouti fatalement à une législation arbitraire et artificielle.

La première réglementation du deuil remonte à Numa. La durée du deuil dépendait de l'âge des personnes mortes. Il était interdit pour un enfant de moins de trois ans. Au-dessus de cet âge et jusqu'à l'âge de 10 ans, le deuil ne pouvant être porté que pendant un nombre de mois égal au nombre d'années qu'avait vécu l'enfant.

La durée la plus longue était fixée à dix mois. Les femmes devaient porter le deuil de leurs maris pendant dix mois. Si elles se remariaient avant l'expiration de ce délai, elles devaient sacrifier une vache pleine (1).

Ce système de législation fut modifié, comme le prouvent les sentences de Paul, de la manière suivante : Au-dessous de six ans, sans distinction, les enfants peuvent être pleurés pendant un mois. Au-dessus de six ans la durée du deuil est d'un an pour les ascendants et les descendants, de dix mois pour le mari, de huit mois pour les cognats (2).

Il ne faudrait pas nous tromper sur la nature des lois qui réglementent le deuil. Ces lois ne sont que des concessions faites par le législateur à la douleur des familles. Elles n'imposent pas l'obligation de porter le deuil, elles se bornent à défendre de porter le deuil au-delà d'un délai qu'elles déterminent. Un passage de Senèque relatif au

1. Plutarque. *Vie de Numa*. Édition Ricard, page 41.

2. *Sentences*, Paul, livre I, tit. 21, § 13.

deuil des femmes mettra bien en relief le caractère de ces lois. *Annum femini ad lugendum constituere majores, non ut tamdiu lugerent, sed ne diuctius.*

La sanction des lois sur le deuil était l'infamie. Toute personne qui pleurait un mort au-delà du terme légal était infâme (1).

Ce qui prouve bien que le deuil était facultatif c'est qu'un texte spécial décide que les parents qui ne pleureront pas leurs morts ne seront pas infâmes (2).

Il n'y avait que le deuil du mari qui fût obligatoire pour la femme survivante.

La durée du deuil des femmes fut augmentée de deux mois et portée à un an par une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose. Cette constitution punissait la femme qui se mariait avant le délai d'un an, de l'infamie, et la privait de tous les biens qu'elle pouvait tenir de son mari à un titre quelconque (3).

Quel est le motif donné par le législateur pour justifier l'obligation imposée à la femme de porter le deuil de son mari ? Le motif est donné par Ulpien ; il faut prévenir la *turbatio* (4) *sanguinis*, c'est-à-dire, il faut que la paternité des enfants qui naissent dans les premiers mois du second mariage ne soit pas incertaine : ce qui ne manquerait pas d'arriver si la femme pouvait (5) se remarier aussitôt après

1. *Sentences*, Paul. *Ibid.*

2. Loi 23, livre 3, tit. 2, *Digeste*.

3. Loi 2, Code *Secundis nuptiis*.

4. Loi 11, § 1. Livre 3, tit. 2, *Digeste*.

5. Loi 11, § 2. *Ibid.*

la dissolution de son premier mariage. Ce motif explique très bien pourquoi les juriconsultes romains permettaient à la veuve de se remarier dès qu'elle était accouchée, lors même qu'il se serait écoulé moins de dix mois depuis la dissolution de son mariage.

Pendant ce deuil les Romains ne sortaient pas de leurs maisons (1).

Ils devaient éviter les plaisirs, les distractions, les festins et ne pas porter de vêtements blancs. La pourpre leur était également interdite (2). Les vêtements qu'ils portaient étaient de couleur sombre.

Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent ne s'applique qu'au deuil privé ; mais il y avait aussi un deuil public. Pour la mort des grands personnages, des membres de la famille impériale, lors des grandes catastrophes le deuil était public (3). D'ordinaire le deuil public était décrété, *sumebatur justitium*, comme disent les textes, par un sénatus-consulte. Il arrive cependant que le deuil public commença avant la décision du Sénat (4).

Pendant le *justitium*, les maisons étaient fermées, les places publiques désertes (5), le cours de la justice interrompu.

1. Pline le Jeune. Livre 9, lettre 13. *Me recens adhuc limine contineret.*

2. *Sentences*, Paul, livre 1, tit. 21, § 14.

3. Le deuil public fut pris pour Brutus, pour Germanicus notamment, et lors de la défaite de Varron à Cannes.

4. Tacite. *Annales*, Livre 2. Cap. 82. Lucain. Livre 2. vers. 17.

5. Tacite. *Ibid.*

Les magistrats ne portaient pas leurs insignes, et prenaient le vêtement du peuple. C'est ce que dit Lucain (1) :

*Latuit plebeio tectus amictu
Omnis honos : nullos comitata est purpura fasces*

Les consuls abandonnaient, pendant le deuil public, leurs sièges ordinaires dans le Sénat et s'asseyaient au milieu des sénateurs (2).

Le deuil privé et public étaient suspendus par les fêtes publiques. Le Sénat limita la durée du deuil public, lors de la défaite de Cannes, à trente jours, pour qu'on pût célébrer les fêtes de Cérès.

Le deuil public prenait fin dans certaines circonstances telles que l'inauguration d'un monument public, l'ouverture du lustre, l'acquittement d'un vœu public.

Le deuil des particuliers prenait fin avant le terme légal par la naissance d'un enfant, par le retour d'un parent retenu jusque-là en captivité chez les ennemis.

§ 2. — *Des cérémonies funèbres postérieures aux funérailles. Des fêtes des morts.*

Nous savons qu'après la mort l'homme devenait un dieu, et que ce dieu conservait dans le sépulcre où il habitait les mêmes habitudes, les mêmes goûts, et qu'il avait

1. Lucain, 2, 18 et suiv.

2. Tacite. *Ann.*, 4. Chap. 8; *consules que, sede vulgari, per speciem maiestatis, sedentes, honoris locique admonuit.*

les mêmes besoins que sur cette terre. Nous savons aussi qu'il dépendait des vivants de faire de ces divinités, des divinités bienfaisantes ou malfaisantes, tutélaires ou hostiles. Ainsi donc honorer les morts, satisfaire à leurs besoins, invoquer leur protection : tels étaient les objets différents du culte des morts (1).

Si d'autre part l'on considère que le bonheur des morts intéressait à un égal degré la cité et les particuliers, et que la cité ne pouvait pas plus se passer de la protection des mânes que chaque famille prise isolément, nous comprendrons pourquoi il y avait à Rome deux cultes des morts, un culte privé et un culte public. La famille avait ses fêtes funèbres, la cité avait les siennes.

Les fêtes privées étaient les *novendiales* et les *feriæ denicales*.

Les *feriæ novendiales* étaient ainsi appelées, non pas parce qu'elles duraient neuf jours, mais parce qu'elles avaient lieu neuf jours après les funérailles. Ce jour là on inaugurait réellement le culte du défunt. On servait au mort une sorte de banquet funèbre appelé *silicernium*. On plaçait sur le sépulcre les mets que l'on jugeait utiles à la subsistance (2) des morts ; on immolait des animaux, dont on faisait cuire la chair ; on faisait des libations avec du vin, de l'eau, du lait, du sang des huiles parfumées (3).

1. Les Romains avaient un mot pour désigner et comprendre les différents objets du culte des morts : c'était le mot *parentare*..

2. Virgile, *Énéide*, 5, vers 96-98.

3. Virgile, Livre 5, *Énéide*, 77 et 78. Livre 3, vers 65 et 66. L'eau

Ces offrandes faites aux morts s'appelaient *inferiæ* (1). Il était défendu de toucher aux mets que l'on apportait aux morts ; mais malgré cette défense les *inferiæ* servaient plus à l'alimentation des vivants qu'à celle des morts (2).

Les *feriæ denicales* avaient pour but la purification de la famille du mort. C'est ce que nous dit Festus. *Denicales feriæ celebrantur eum hominis mortui causa familia purgabatur*. La purification de la maison s'appelait *exverræ*. Il y était procédé par un *exverriator* lequel, d'après Festus, était celui, qui *acceptâ jure hereditate justa facere debet*. Les cérémonies de la purification étaient très simples. L'héritier prenait un balai de verveine et balayait la maison (3). On jetait ensuite du soufre sur le foyer.

Les personnes qui avaient suivi les funérailles étaient, elles aussi, obligées de se purifier. Ce genre de purification s'appelait la *suffitio*. La *suffitio* se faisait avec des aspersions d'eau et en passant au-dessus du feu (4). L'héritier

dont on se servait pour ces libations était appelée, d'après ce que nous dit Festus, *arseria aqua*. Pour faciliter les libations et pour permettre aux liquides dont on se servait, d'arriver aux urnes funéraires, un conduit mettait en communication la partie supérieure du sépulcre avec les urnes. Voyez la communication du Père Lacroix (aux délégués des sociétés savantes section d'histoire) sur les nécropoles romaines de Poitiers. *Journal officiel* du 17 avril 1884. Partie officielle, page 2024.

1. V. Festus. *Inferiæ*. Virgile *Ænéide* X, vers 519. Livre XI, vers 82.

2. Tibulle I, 5, 53. Ceux qui dérobaient les mets consacrés aux morts étaient appelés *bristirapi*.

3. Sur toute cette partie V. Festus aux mots indiqués.

4. Festus au mot *aqua funus prosecuti redeuntés ignem supergreddibantur aqua aspersi*; quod purgationes genus vocabant *suffitionem*.

qui n'accomplissent pas les formalités prescrites devait, pour expier sa faute, immoler chaque année une truie à Cérès. Cette truie était appelée *præcidaria* ou (1) *præcidanea* parce qu'elles devait être tuée avant la moisson.

Il est très probable que les funérailles de l'os *exceptum* avaient lieu à l'époque des *feriæ denicales*. Le texte suivant de Cicéron semble justifier pleinement cette opinion. Voici ce que dit Cicéron (2) : *Neque necesse est edisseri a nobis, qui funus funestæ familiæ, quod genus sacrificii Lari verbecibus fiat, quemadmodum os resectum obtegatur*. Cicéron établit une corrélation entre la *purgatio domus* et l'inhumation de l'os *resectum*. J'ajoute que cette corrélation me paraît absolument naturelle. Il est en effet certain que la présence de l'os *exceptum* ou *resectum* dans la maison mortuaire est une souillure permanente et que la purification n'est pas complète tant que cet os n'a pas été inhumé. Il est donc raisonnable de supposer que les *feriæ denicales*, qui avaient pour but la purification de la famille, devaient comprendre l'inhumation de l'os *resectum* ou *exceptum*, sans laquelle cette purification était impossible.

Quoique les *feriæ denicales* ne fussent que des fêtes purement privées, elles étaient respectées par l'État.

Pendant les *feriæ denicales* les membres de la famille du défunt ne pouvaient être astreints au service militaire.

1. *Festus*.

2. Cicéron. *Legibus*, 2, 22.

Mais les *feriæ* étaient interrompues par les fêtes publiques (1).

La famille du défunt devait cesser tout travail pendant les *feriæ denicales*. La religion défendait de se livrer à une occupation quelconque (2).

Comme les funérailles, les *feriæ novemdiales* et *denicales* étaient suivies de banquets funèbres qui réunissaient tous les membres de la famille.

Les fêtes publiques des morts étaient les *Féralia*, les *Caristia* et les *Lemuries*.

Les *Feralia* avaient lieu le 21 février. Elles étaient destinées à apaiser les mânes (3).

On apportait aux morts les mêmes offrandes que celles qu'on leur apportait lors des *feriæ novemdiales*, ces offrandes étaient placées sur le sépulcre (4).

La célébration des *Féralia* intéressait la cité à un très haut degré. Ovide nous raconte que pendant une guerre on oublia de célébrer les *feralia*. Une épidémie terrible s'abattit sur Rome, les morts sortirent de leurs sépulcres et n'y rentrèrent qu'après les sacrifices et l'accomplissement des cérémonies funèbres (5).

Pendant les *feralia* on ne peut faire de sacrifices que

1. Cicéron. *Legibus*, 2, 22.

2. Columelle, 2, 22. *Nos apud Pontifices legimus, ferus tantum denicalibus mulos jungere non licere, ceteris licere.*

3. Cicéron. *Legibus*, 2, 24. Ovide, *Fastes* 2, vers 570, *Festus* V. *Feralia*.

4. Varron, VI, § 3. Certains mets étaient placés sur une potelle. Juvenal. *Satire* 5, vers 85.

5. Ovide. *Fastes* 2, vers 548 et suiv.

sur les tombeaux. Les autres cérémonies publiques sont suspendues, les temples sont fermés (1). Tous les vœux, toutes les prières sont adressés aux Mânes. Ils sont pour une journée les seuls dieux de Rome.

Le 22 février était le jour de la célébration de *Caristia* : Ces fêtes ont pour but la réconciliation des parents (2). On les appelait aussi les fêtes de la *cara cognatio*.

Les *Caristia* se célèbrent dans l'intérieur des maisons et consistent en banquets.

Les *Lemuries* étaient des fêtes consacrées aux *Lemures* qui personnifiaient, dans les idées romaines, les âmes malheureuses et malfaisantes. Elles duraient les trois nuits des 9, 11 et 13 mai (3). En voici la description telle qu'elle est faite par Ovide. Le père de famille se levait à minuit, traversait la maison pieds nus, en faisant de la main un signe qui écarte les esprits. Puis il se lave les mains, remplit sa bouche de fèves noires et les jette par la maison en disant : Voilà ce que je donne et avec ces fèves je rachète moi et les miens. Il se lave encore les mains et quand il a prononcé la formule *Manes exite paternis*, il peut se retourner car il a satisfait au rite ancien (4).

Indépendamment de ces fêtes que nous venons de décrire, il était dans les usages des Romains de célébrer l'anniversaire de la mort d'un parent, en portant des fleurs au sé-

1. Ovide. *Fastes*, 5, vers 485.

2. Ovide. *Fastes*, 2, vers 61.

3. *Ibid.* Livre 5, vers 491.

4. Ovide. *Fastes*, 5, vers 420 et suiv.

pulcre, en y répandant des essences parfumées. On ornait aussi le sépulcre en y attachant des bandelettes de soie appelées *tæniæ* (1).

SECTION IV

Du paiement des frais funéraires.

L'objet de cette nouvelle partie de nos études est la créance des frais funéraires ; elle mérite d'attirer et de retenir notre attention d'une façon toute particulière : car elle se distingue des créances ordinaires à deux points de vue : elle est munie d'une action spéciale, l'action *funeraria ac funeratitia* et de plus elle est privilégiée.

La préoccupation unique des juriconsultes romains en accordant une action *sui generis* et en créant un privilège a été d'assurer l'ensevelissement des morts. C'est ce que nous dit un texte en ces termes (2) : *Sic enim fieri ne insculta corpora jerent*. Il ne faut pas que les morts soient exposés à rester sans sépulture. L'intérêt des morts, celui des vivants, l'intérêt même de la société tout entière est en jeu. Il faut donc faire appel à la bonne volonté, à l'initiative de tous les citoyens, faire de l'ensevelissement des morts une sorte de service public, *populaire*, dont le pre-

1. Tibulle, 11, 4, vers 48, V. *Festus* au mot *tæniæ*.

2. Loi 12, § 3. *De relig.*

mier venu peut se charger. Or, une condition s'impose forcément, c'est que l'accomplissement de ce devoir ne devienne pas une charge et ne constitue pas en perte les personnes qui auront spontanément procédé aux funérailles d'un mort qui leur était étranger. C'est pour atteindre ce but que les Romains ont institué l'action *funeraria* et le privilège dont nous avons parlé ; en garantissant celui qui ensevelit un mort contre toute chance de perte, en lui assurant le remboursement de toutes les dépenses qu'il aura pu faire, il est bien évident que la loi a assuré de la manière la plus efficace et la plus certaine l'ensevelissement des morts.

Étudions maintenant l'action *funeraria* et le privilège.

Actio funeraria.

Indépendamment du motif d'ordre public tiré de la nécessité d'assurer l'ensevelissement des morts, la création de l'action *funeraria* se justifie par d'autres considérations.

Elle était d'une réelle utilité et elle comblait une lacune, comme nous allons le démontrer.

Les jurisconsultes romains ont été très embarrassés par la dette des frais funéraires. Il y avait là évidemment une dette ; celui qui avait enterré un mort devait être indemnisé. Ce point là était acquis. Or dans toute dette, dans toute obligation il y a deux personnes au moins en présence un débiteur et un créancier. Le créancier était connu,

Restait à trouver le débiteur. C'est là que commençait la difficulté. Était-ce l'héritier ? Cette manière de voir paraît au premier abord très raisonnable. Mais il peut se faire qu'il n'y ait pas d'héritier, que par exemple l'héritier institué ne fasse pas adition parce que l'hérédité est insolvable. Si donc il n'y a pas de débiteur, dirons-nous que le débiteur est le mort ? Mais le mort ne peut plus être débiteur, remarquons même que la dette des frais funéraires n'a jamais pu être à sa charge, puisqu'au moment où elle a pris naissance il n'existait plus.

En supposant cette première difficulté résolue, il s'en présentait une autre sur la nature de la dette des frais funéraires. A quel type d'obligation reconnue par la loi romaine pouvait-elle être assimilée ? A quel contrat, à quel quasi contrat pouvait-on emprunter les règles qui s'appliqueraient à la créance des frais funéraires ?

Voici comment les jurisconsultes romains ont résolu les difficultés en présence desquelles ils étaient placés ; voici leur théorie juridique sur cette importante matière.

Pour déterminer la personne du débiteur, les jurisconsultes se sont posé cette question : A qui ont profité les frais funéraires ? A l'héritier ? Non. Au mort ? Oui. C'est en effet pour assurer le repos du mort et son bonheur que les funérailles ont été faites, qu'un sépulcre a été construit. C'est donc le mort qui est débiteur, ce n'est pas l'héritier.

Les jurisconsultes n'ont pas été arrêtés par cette consi-

dération qu'à l'époque où les funérailles avaient été faites celui qu'ils regardaient comme débiteur était mort. Non seulement ils n'ont pas reculé devant l'idée d'un rapport contractuel à établir entre le défunt et le créancier des frais funéraires ; mais encore ils en ont consacré formellement l'existence dans un texte inséré au Digeste. La loi première, au titre de *Religiosis*, est en effet conçue en ces termes : *Qui propter funus aliquid impendi, cum defuncto contrahere creditur*. Du reste, il ne faut pas nous faire illusion sur la portée de cette loi. En mettant à la charge du défunt les frais funéraires, les jurisconsultes voulaient surtout écarter une doctrine différente de celle que nous exposons, et qui consiste à considérer la dette des frais funéraires comme une dette personnelle à l'héritier. Cette dette est une dette du défunt ; elle grève son hérédité. C'est ce que les textes expriment en disant : *De suo testatorem satius est funerari* (1) ; *sic fieri ne quis de alieno funeretur* (2). Le patrimoine du défunt est affecté au paiement de cette dette comme il est affecté au paiement de toutes les autres dettes. C'est donc une dette héréditaire, et c'est en cette qualité qu'elle passe aux héritiers. D'ailleurs quand il y a un héritier, la question de savoir si la dette est née dans la personne du défunt ou dans celle de l'héritier, ne présente aucun intérêt pratique. Mais elle présente un intérêt d'ordre théorique d'une grande importance, car il peut se faire,

1. Loi 12 § 3. Dig., *De Relig.*

2. Loi 14 § 1. *Ibid.*

comme nous l'avons déjà dit, qu'il n'y ait pas d'héritier. Il n'y aura donc pas de débiteur. Nous serions donc en présence d'une dette où l'existence du débiteur dépendrait des circonstances. Cela est absolument impossible. Le système des jurisconsultes romains, malgré ce qu'il paraît avoir de bizarre au premier abord, est donc le plus juridique et le plus rationnel.

La personne du débiteur une fois déterminée, il restait à rechercher la nature de la dette des frais funéraires. On a d'abord songé à assimiler cette obligation aux obligations résultant de la gestion d'affaires à la charge du *dominus*. Cette assimilation était naturelle et s'imposait pour ainsi dire d'elle-même. Du moment que l'on admettait qu'une obligation existait à la charge d'un mort au profit d'un vivant, on pouvait très bien rattacher cette obligation à un quasi contrat de gestion d'affaires. Cette assimilation a été soutenue par certains jurisconsultes notamment par Trebatius et Labéon (1). Ulpien me paraît également l'avoir admise (2). Mais ce n'était là qu'une assimilation de pure forme, et elle n'a pas conduit, comme cela aurait été nécessaire, si l'assimilation avait été réelle, à l'adoption des règles de la gestion d'affaires. Ce qui le prouve c'est que le préteur ne sanctionnait pas la créance des frais funéraires, par l'action *negotiorum gestorum contraria*, mais par une action particulière appelée *actio funeraria*.

1. Loi 14 § 10. I. Dig., *De relig.*

2. Loi 14 § 13. *Ibid.*

La création de l'action *funeraria* prouve jusqu'à l'évidence que les Romains rattachaient la dette des frais funéraires à une cause juridique spéciale et qu'ils n'avaient pu la faire rentrer dans un des types d'obligations reconnues par la loi romaine.

Tel était le système des jurisconsultes romains sur la nature de la créance des frais funéraires. Les développements que nous venons de donner étaient indispensables. Ils nous permettront de comprendre facilement les règles particulières de l'action *funeraria*.

C'est une action prétorienne, *in factum*. Elle est de bonne foi (1). Elle n'est donnée qu'à défaut d'une autre action ; elle est donc subsidiaire. C'est ce que nous démontre un texte (2). On suppose que les frais funéraires ont été faits par un cohéritier et que le partage de l'hérédité n'a pas encore été opéré. Le cohéritier aura-t-il pour faire contribuer les cohéritiers aux frais funéraires l'*actio funeraria*? Non, répond Labéon ; il aura l'action *familiæ erciscundæ*. Si le partage a été fait, comme le cohéritier, qui a fait les funérailles, n'a plus à sa disposition aucune action pour se faire indemniser, le préteur lui donnera l'action *funeraria*. Cette action est de plus perpétuelle, elle passe aux héritiers et contre les héritiers. Cela semblait tout naturel puisque l'*actio funeraria* nous est présentée comme une *actio rei persecutoria*. Un texte décide cepen-

1. Loi 12, § 2. Loi 14, § 6. *De relig. Dig.*

2. Loi 14, § 12. *Ibid.*

dant d'une manière formelle que l'*actio funeraria* est perpétuelle, non annale, et qu'elle est donnée aux héritiers et contre les héritiers (1). Cette décision expresse, qui nous paraît inutile, a cependant sa raison d'être. On a voulu écarter ainsi la possibilité d'une controverse sur le caractère de l'action *funeraria*, controverse qui aurait pu s'autoriser de la décision donnée par les jurisconsultes sur l'action *in factum* qui appartient à la personne empêchée par un tiers d'ensevelir un mort. Cette dernière action, comme nous le verrons plus tard, est une action annale, elle ne passe pas aux héritiers ni contre les héritiers, et cependant, comme Gaius le remarque, elle est *rei persecutoria* puisqu'elle tend à la réparation d'un préjudice (2).

A qui est donnée l'*actio funeraria* ?

L'*actio funeraria* est donnée à toutes les personnes qui ont fait des dépenses pour les funérailles d'un mort, à cette condition toutefois qu'elles n'y soient pas obligées ; ou que si elles y sont obligées, elles n'en doivent supporter qu'une partie. L'*actio funeraria* peut donc être donnée aussi bien à un étranger qu'à un parent du mort.

Les termes de l'édit sont très larges ; il dit en effet : *Quod funeris causa sumptus factus erit, ejus recuperandi nomine, in eum ad quem ea res pertinet judicium dabo* (3). Remarquons que le prêteur ne désigne pas, même d'une manière générale, les personnes auxquelles compétera l'*ac-*

1. Loi 31, § 2. Dig., *De Relig.*

2. Loi 9. *Ibid.*

3. Loi 12, § 2. Dig., *De Relig.*

actio funeraria. Il se borne à décider que les dépenses funéraires pourront donner naissance à l'*actio funeraria*. Les personnes qui auront le droit de l'exercer, sont celles qui auront fait les dépenses funéraires ; et ces personnes peuvent être étrangères au défunt, parentes du défunt, ce peuvent être des héritiers ou des non héritiers.

Une condition est mise à la délivrance de l'*actio funeraria*. Il faut que celui qui a enseveli un mort ait agi avec l'intention de se faire indemniser, d'exercer plus tard un recours contre qui de droit, et non pas uniquement sous l'empire d'un sentiment pieux, *pietatis gratia*, comme disent les textes (1). Ce sera là une question de fait que le magistrat résoudra souverainement. Mais le jurisconsulte qui donne cette décision observe que toute personne qui enterre un mort, est mue par un sentiment de pitié. *Quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat* (2). La condition exigée par les textes pour la délivrance de l'*actio funeraria* aboutira donc en fait au refus de cette action. L'*actio funeraria* ne pourra jamais être exercée. Le but poursuivi par le prêteur sera donc manqué. Comment admettre en effet qu'il se trouvera des citoyens pour procéder aux funérailles des morts lorsqu'ils sauront à l'avance l'interprétation qui sera donnée à leurs actes ? Aussi les jurisconsultes font-ils une distinction subtile (3) et arrivent à créer deux classes de sentiments pieux. La pitié

1. Loi 14 § 7. Dig. *De relig.*

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

est une chose susceptible de degrés ; elle peut être absolue, sans restriction, comme celle qui vous porte à enterrer un mort uniquement pour ne pas le laisser sans sépulture et pour assurer son repos. Il est évident que la personne qui procède aux funérailles d'un mort sous l'empire d'un pareil sentiment n'a jamais songé à se réserver un recours contre une personne quelconque pour obtenir le remboursement des dépenses occasionnées par les funérailles. C'est donc se conformer à son intention manifestée clairement que de lui refuser l'*actio funeraria*. C'est en effet ce que décident les textes (1).

Mais il y a une autre piété, incomplète, et qui ne va pas jusqu'à l'abandon d'un droit au remboursement des frais funéraires. C'est une sorte de piété, réfléchie, circospecte et nullement désintéressée ; elle ne permet pas au prêteur de refuser l'*actio funeraria* (2).

Cette distinction des jurisconsultes romains ne me satisfait pas. Qu'exigent-ils, en effet ? Que celui qui ensevelit un mort n'agisse pas uniquement par piété. En d'autres termes, c'est imposer à la personne qui a fait les funérailles l'obligation de prouver qu'elle n'était pas désintéressée. Or, cette preuve n'est-elle pas faite par cela seul que l'on demande au prêteur l'*actio funeraria* ? N'est-il pas évident alors que vous n'avez pas agi par pur désintéressement et que l'*actio funeraria* doit vous être accordée, sans qu'on

1. Loi 14 § 7. Dig., *De relig.*

2. *Ibid.*

ait à rechercher quels étaient vos sentiments au moment même où vous avez procédé aux funérailles.

Du reste, il était facile pour la personne qui ensevelissait un mort de s'assurer le droit au remboursement des frais funéraires. Elle n'avait qu'à déclarer devant témoins, *testari*, que telle était son intention. La simple déclaration qu'elle voulait plus tard se faire indemniser sauvegardait tous ses droits (1).

Si elle déclarait qu'elle avait enseveli le mort, *pietatis gratia*, elle perdait le droit de demander après les funérailles l'*actio funeraria*.

L'interprétation donnée à cette dernière déclaration méconnaissait, dans certaines hypothèses, l'intention réelle de ceux par lesquels elle avait été faite. Par exemple, une personne venait à mourir, laissant une hérédité insolvable. Ses enfants, ses héritiers institués voulaient bien lui rendre les derniers honneurs et se charger de ses funérailles. Mais ils voulaient également que l'accomplissement de ce devoir ne se retournât pas contre eux, et ne fût pas considéré comme une renonciation au *jus abstinendi*, ou comme une acceptation de l'hérédité. Aussi, pour ne laisser subsister aucun doute sur les motifs de leur conduite, et pour que le fait de procéder aux funérailles ne fût pas assimilé à un acte d'immixtion ou à un acte de gestion *pro herede*, les enfants du défunt, ses héritiers déclaraient devant témoins qu'ils avaient agi uniquement *pietatis gratia*. Remarquons

1. *Ibid.*

que cette déclaration était inutile, parce que la loi romaine ne regardait pas l'ensevelissement des morts comme un acte emportant adition de l'hérédité ou renonciation au *jus abstinentiendi*. Mais malgré son incontestable inutilité, elle était faite très fréquemment, en vertu de ce principe que deux sûretés valent mieux qu'une. Cette déclaration des héritiers, faite par simple mesure de précaution, par un excès de prudence, était interprétée par les jurisconsultes, contrairement à l'intention qui l'avait dictée, comme l'abandon de tout droit à une indemnité. Pour conserver le droit d'exiger le remboursement des frais funéraires, il fallait une réserve expresse et spéciale de la part des héritiers : *Plenius eos testari oportet ut et sumptum servare possint* (1).

Donc à la condition d'établir qu'elle n'avait pas agi exclusivement *pietatis gratia*, toute personne qui avait fait les funérailles d'un mort pouvait demander et obtenir l'*actio funeraria*. Il arrivait quelquefois que celui qui avait procédé aux funérailles avait agi nonobstant l'opposition formelle de l'héritier. C'était par exemple un fils de famille exhéredé qui avait rendu les derniers honneurs à son père, contrairement à la volonté de l'héritier institué. Que fallait-il décider ? C'est alors qu'apparaissait l'intérêt de la question de savoir si l'on appliquerait ou non les règles de la gestion d'affaires. Si l'*actio funeraria* n'était que l'*actio negotiorum gestorum* sous un autre nom, il est évident que le fils de famille ne pouvait avoir aucun re-

1. Loi 14 § 8. Dig., *De religiosis*.

cours à exercer. Car dans la doctrine qui semble avoir prévalu à l'époque du droit classique et qui a certainement triomphé sous Justinien (1) l'*actio negotiorum gestorum contraria* n'était pas accordée au gérant d'affaires qui avait agi au mépris d'une opposition du *dominus*. Les jurisconsultes accordaient sans hésitation l'*actio funeraria* au fils de famille qui avait enseveli son père. C'était l'opinion de Labéon, c'était également celle d'Ulpien qui posait en règle générale que les difficultés en pareille matière devaient toujours être résolues d'après les principes de l'équité et non pas d'après les règles pures de la gestion d'affaires. *Generaliter puto*, dit Ulpien, *non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutis aequitatem sequi* (2).

Seulement l'opposition de l'héritier établissait une forte présomption que le fils de famille avait agi *pietatis gratia* : car toute sa conduite prouvait qu'il avait agi par sentiment du devoir et que ce sentiment chez lui l'avait emporté sur tous les autres. Il pouvait craindre qu'on ne lui objectât victorieusement qu'il avait procédé aux funérailles *pietatis gratia*. Il devait donc, s'il voulait s'assurer un recours, dé-

1. Loi 24, Code. Livre 2, tit. 19. Sur la question de savoir si le gérant qui a agi malgré une opposition du *dominus* avait l'*actio negotiorum gestorum contraria*, il y avait controverse entre les jurisconsultes Romains comme le prouve en particulier la constitution précédemment citée. Julien refusait l'*actio*. Paul la refusait également. Un texte me porte à croire que cette solution avait fini par prévaloir, même avant Justinien. Loi 40. Digeste, *Mandati*.

2. Loi 14, § 13. Dig. *De religiosis*.

clarer devant témoins qu'il avait l'intention d'exercer l'*actio funeraria* (1).

Si, dans l'hypothèse que nous venons d'étudier les jurisconsultes étaient unanimes pour ne pas suivre à la lettre les règles de la gestion d'affaires et pour donner l'*actio funeraria*, il y avait une hypothèse sur laquelle l'accord n'avait pu se faire, les uns voulant appliquer purement et simplement les principes de la gestion d'affaires, les autres ne le voulant pas. Supposons qu'une personne se croit héritière d'un défunt. Dans cette pensée elle se charge de ses funérailles. Mais l'action en pétition d'hérédité est intentée contre elle par l'héritier véritable, et l'hérédité lui est enlevée. Pourra-t-elle obtenir le droit d'exercer l'*actio funeraria*? Non, disent Trébatius et Proculus; car elle a agi *pietatis gratia*, et non pas *quasi alienum negotium gerens*. Ulpien n'hésitait pas à donner l'*actio funeraria*. C'était la solution la plus équitable (2).

L'*actio funeraria* est quelquefois refusée à des personnes qui ont fait les funérailles d'un mort et accordée à des personnes qui ne les ont pas faites. C'est ce qui arrive dans l'espèce suivante prévue par un texte. Je donne mandat à quelqu'un d'ensevelir un mort dont les funérailles ne sont pas à ma charge. Le mandat est exécuté. A qui appartiendra l'*actio funeraria*? Au mandataire? Non; car il a, pour se faire indemniser, l'*actio mandati contraria*; et,

1. *Ibidem*.

2. Loi 14, § 11. Dig., *De religiosis*. Paul donnait une action utile. Loi 32. Prin.

nous savons que l'*actio funeraria* est subsidiaire. Elle appartiendra au mandant, qui, cependant, n'a pas fait les funérailles. C'est là une remarquable dérogation au principe de non représentation. Le mandant a l'*actio funeraria* dans tous les cas sans qu'il y ait à rechercher s'il a ou non payé le mandataire (1).

Si l'on suppose que le mandat a été donné par un pupille sans l'autorisation de son tuteur, l'*actio funeraria* sera donnée contre le pupille à une double condition : 1° qu'il soit héritier du défunt ; 2° que l'hérédité soit insolvable (2).

Cette solution n'est pas en contradiction avec celle qui est donnée dans l'hypothèse où le mandant est un héritier majeur. Dans ce cas le mandataire n'a pas l'*actio funeraria*. Comment expliquer ces deux solutions ? Elles se concilient de la manière la plus simple. En donnant le mandat d'enterrer le mort auquel il succède, l'héritier majeur s'oblige valablement. Le mandataire a l'*actio mandati contraria* ; il ne pourra donc pas avoir l'*actio funeraria* qui est subsidiaire. Quand au contraire un pupille donne mandat à un tiers d'ensevelir un mort dont il est héritier et qu'il n'a pas l'*auctoritas* de son tuteur il n'est pas obligé. Il ne peut être question ici d'*actio mandati contraria*. Le mineur réalise cependant un enrichissement. On donnera donc au

1. Loi 14, § 15. *Ibid.*

2. Si cette dernière condition venait à manquer, c'est-à-dire si l'hérédité était insolvable, il est inexact de dire que d'une manière absolue le mandataire n'aurait pas contre le pupille l'*actio funeraria*. Il aura cette action mais seulement jusqu'à concurrence de l'actif de l'hérédité. Pour l'excédent, il ne pourra poursuivre le pupille sur ses biens personnels.

tiers l'*actio funeraria* (puisqu'elle n'est écartée par aucune autre action). Mais cette action ne lui permettra d'obtenir qu'une condamnation limitée à l'enrichissement réalisé par le pupille. C'est ce qui est démontré par les textes qui exigent cette condition que l'hérédité soit solvable c'est à dire qu'elle suffise à elle seule au paiement des frais funéraires (1).

Lorsque le pupille a donné, sans l'autorisation de son tuteur, mandat d'ensevelir un mort, dont les funérailles ne sont pas à sa charge, il est évident qu'il n'est pas obligé. Le mandataire n a donc aucun recours contre lui. Mais en revanche lui accorderont-nous une *actio* contre l'héritier ? Les textes répondent affirmativement, mais dans cette hypothèse particulière l'action délivrée par le prêteur ne sera pas l'*actio funeraria directa* mais une *actio funeraria utilis* (2).

Contre quelles personnes l'*actio funeraria* sera-t-elle exercée ?

Un texte répond à cette question. *Datur hæc actio adversus eos ad quos funus pertinet*. Elle sera exercée contre tous ceux auxquels revient le soin de faire les funérailles du mort. Ces personnes, nous les connaissons déjà : ce seront les héritiers, les *bonorum possessores*, c'est-à-dire tous ceux qui recueillent le patrimoine du défunt totalement

1. Loi 14 § 15. Dig. *De relig.*

2. *Ibid.* Nous trouvons un autre exemple d'une *actio utilis* dans la loi 46, § 2. *Ibid.*

ou partiellement (1), pourvu que ce soit à titre universel.

La dette des frais funéraires est en effet une dette de l'hérédité ; elle passe donc aux représentants du défunt quels qu'ils soient, et nous pouvons ajouter que les principes généraux voudraient que les seuls représentants du défunt en fussent tenus. Mais les juriseconsultes romains ont poussé si loin cette idée qu'un mort devait être enterré *de suo*, et que les frais funéraires ne devaient pas être à la charge des tiers (2) qu'ils n'ont pas hésité à donner l'*actio funeraria* contre des personnes qui ne représentent pas le défunt, contre de simples successeurs à titre particulier. C'est ainsi qu'ils ont décidé que les dépenses faites pour les funérailles d'une femme mariée devaient être supportées par ceux auxquels la dot ou une fraction de la dot était définitivement acquise, c'est-à-dire par le mari, par le père de la femme ou par ses héritiers. La dot de la femme a été considérée comme son patrimoine, la dette des frais funéraires comme une dette grevant ce patrimoine, comme une sorte de dette héréditaire. Tout ceci est très remarquable ; car l'acquisition de la dot, qu'il s'agisse du mari, du père ou des héritiers de la femme est une acquisition à titre particulier.

En vertu de ce principe exceptionnel, le mari qui garde la dot sera poursuivi en paiement des frais funéraires par

1. Loi 14, § 16. *Ibid.*

2. Loi 12, § 3. Loi 14, § 1. Dig. *De relig.*

l'*actio funeraria*. Dans les cas où il est obligé à la restitution il sera exposé également à cette action, tant qu'il n'a pas restitué, en qualité de détenteur de la dot. Il ne court d'ailleurs aucun risque car, lors de la restitution, il pourra retenir les sommes qu'il a déboursées (1).

Cette obligation du mari ne pourrait pas être écartée par une convention intervenue entre le mari et la personne qui a constitué la dot. Supposons, par exemple, que, lors de la constitution de la dot, il a été stipulé que le mari, garderait, à la mort de la femme, le tiers de la dot et ne contribuerait pas au paiement des frais funéraires, cette stipulation aura-t-elle pour effet de soustraire le mari à l'exercice de l'*actio funeraria* ? Il faut distinguer. Est-ce le constituant qui veut agir par l'*actio funeraria*. Il ne le pourra pas, car la stipulation lui a fait perdre ce droit. Est ce au contraire un étranger. Les droits restent entiers et il pourra demander et obtenir l'*actio funeraria* (2). Le texte qui donne cette décision la justifie par cette considération que l'*actio funeraria* est d'ordre public et que les conventions des particuliers ne peuvent déroger aux lois d'ordre public : *quia pacto hoc publicum jus infringi non possit*. Cette raison est mauvaise ; car si l'*actio funeraria* était une action d'ordre public la convention intervenue entre le constituant et le mari eût été nulle. Or, elle est reconnue valable. La vraie raison se trouve dans le prin-

1. Loi 17. Loi 29, § 1. *Ibid.*

2. Loi 20. Princ. Dig., *De relig.*

cipe que : *res inter alios acta, alii nec nocere nec prodesse potest*. Une convention entre deux personnes ne peut avoir pour effet d'enlever à une troisième personne son débiteur naturel et légal.

Les textes prévoient l'hypothèse du décès simultané de la femme et du mari dans un même événement sans qu'on puisse savoir lequel des deux est mort le premier et donnent l'action contre les héritiers du mari. Cette solution est parfaitement rationnelle. Les héritiers de la femme en effet ne peuvent obtenir la restitution, puisqu'ils ne peuvent prouver, que la condition à laquelle cette restitution est subordonnée, c'est à dire, le prédécès de la femme, a été réalisée. Les héritiers du mari garderont donc la dot ; et par suite ils devront supporter les frais funéraires (1).

Le mari pourra être poursuivi en paiement des frais funéraires par le père qui aura procédé aux funérailles de la femme. Ce droit appartiendra au père soit que le mari garde la dot (2), soit qu'il doive la restituer. Dans cette dernière hypothèse le père n'est pas obligé d'attendre pour exiger le remboursement des frais funéraires, l'époque peut-être éloignée où il demandera la restitution de la dot. La loi lui reconnaît le droit d'agir immédiatement (3).

1. Loi 32, § 1. *Ibid.*

2. Loi 30, Princ. *Ibid.* Dans cette hypothèse le père n'agit pas par l'*actio funeraria*, mais par l'action *rei uxoriæ*. La demande en paiement des frais funéraires est assimilée ici à une demande en restitution partielle de la dot.

3. Loi 60, livre 24, tit. 3, Dig.

Le mari n'est pas tenu de supporter les dépenses faites pour les funérailles de sa femme divorcée et remariée (1).

Lorsque la restitution de la dot aura été faite, l'action sera exercée contre le père. Si la dot non sujette à restitution est minime, le père est tenu de contribuer au paiement des frais funéraires pour une somme égale à celle dont ils excèdent le montant de la dot (2). Le père devra supporter seul les frais funéraires s'il n'y a pas eu de dot. Si le père est insolvable, cette charge passe aux héritiers ; s'il n'y a pas d'héritiers elle reviendra au mari (3). Du reste, dans cette hypothèse comme dans toutes celles où le mari est poursuivi par l'*actio funeraria*, il pourra opposer l'*exceptio quod facere potest*. Le mari ne doit pas en effet être plus mal traité pour le paiement des frais funéraires qu'il ne le serait s'il était actionné en restitution de la dot (4).

Il peut arriver que la femme, outre les biens composant sa dot, laisse un véritable patrimoine. La charge des frais funéraires se répartira entre les héritiers de la femme et le mari, s'il garde la dot, proportionnellement à la part recueillie par eux. Si le mari ne garde pas la dot il est évident que les héritiers seront seuls tenus du paiement des frais funéraires (5).

1. Loi 29, § 1, Dig. *De religiosis*.

2. Loi 20, § 1. *Ibid.*

3. Loi 28. *Ibid.*

4. Loi 27, § 2. *Ibid.* Lois 16, 17. Loi 20. Dig., livre 42, tit. 1.

5. Loi 23. Loi 27. Princip. Dig. *De relig.* D'après certains auteurs, le

Terminons l'énumération des personnes contre lesquelles l'*actio funeraria* peut être exercée en disant qu'elle se donne contre le maître à raison des dépenses faites pour les funérailles d'un esclave qui lui appartenait (1), et aussi contre le père de famille dont le fils a été enseveli par un tiers. Dans ce dernier cas il faut que le père de famille ait eu la puissance paternelle au moment de la mort de son fils (2).

Créances dont le paiement est assuré par l'actio funeraria.

— *Pouvoirs du juge de l'actio funeraria.*

Cette action garantit le recouvrement de toutes les dépenses qui ont été nécessitées par les funérailles et sans lesquelles celles-ci n'auraient pu avoir lieu. C'est là la formule générale donnée par loi 14 § 3. *Funeris causa sumptus factus videtur is demum qui ideo fuit, ut funus ducatur, sine quo funus duci non potest* (3). Nous comprendrons dans cette formule les dépenses qui auront été faites pour ramener dans sa patrie le cadavre d'une personne décédée à l'étranger (4). L'*actio funeraria* permet-

præjudicium quanta dos sit aurait pour objet, en faisant fixer la valeur de la dot par rapport à la valeur des biens que recueillent les héritiers, de faire déterminer ainsi la part contributive des héritiers et du mari dans le paiement des frais funéraires. Gaius, 4, § 44.

1. Loi 31, § 1, Dig. *De relig.*

2. Loi 21, *Ibid.* Lorsque le fils de famille laisse un *peculium castrense* le père qui le recueille ne peut être poursuivi par l'*actio funeraria* qu'à défaut des autres successeurs du fils de famille. Loi 31, *princip. ibid.*

3. Loi 14, § 3. Dig. *De relig.*

4. Loi 14, § 4. *Ibid.*

tra également de recouvrer les frais occasionnés par la garde, l'embaumement et la crémation du cadavre (1), ainsi que le prix du terrain et du sépulcre (2).

Mais les dépenses qui n'étaient pas nécessaires pour les funérailles ne sont pas garanties par l'*actio funeraria*. Ainsi cette action ne pourra servir à obtenir le prix des objets précieux ensevelis avec le mort (3), ni le prix qu'a coûté la construction de portiques autour du sépulcre (4).

Il ne faudrait pas croire que toutes les dépenses, à la condition qu'elles soient nécessaires, devront être admises par le juge. Le juge de l'*actio funeraria* jouit d'un pouvoir d'appréciation pour ainsi dire sans limites. Il jugera d'après les principes de l'équité (5). Il estimera si les dépenses qui ont été faites sont en rapport avec la position sociale du défunt et avec la fortune qu'il a laissée (6). Il tiendra compte de toutes les circonstances de fait qui ont pu amener une augmentation des frais. Il admettra les unes et repoussera les autres, et réduira dans une juste mesure la somme qui doit être remboursée. Le pouvoir du juge est tellement considérable qu'il peut méconnaître la volonté et refuser le remboursement de toutes les dépenses ordonnées par le *de cuius* dans son testament lorsqu'elles auront été

1. Loi 14, § 4. Loi 37. *Princip. ibid.*

2. Loi 14, § 3. Loi 37. § 1, *Ibid.*

3. Loi 14, § 5, *Ibid.*

4. Loi 37, § 1, *Ibid.*

5. Loi 14, §§ 6 et 13. Dig. *De relig.*

6. Loi 14, § 6. *Ibid.*

excessives (1). Le juge, dans certaines hypothèses, refusera purement et simplement le remboursement des frais funéraires. C'est ce qui arrivera lorsque le défunt étant un homme très riche, on aura dépensé une somme minime pour ses funérailles ; les dépenses faites pour ensevelir le mort dans de pareilles conditions ne donneront droit à aucune indemnité, ce sera la juste punition de l'affront infligé au mort (2).

Privilège

Nous savons déjà que la créance des frais funéraires est privilégiée (3). Le privilège s'exercera quelle que soit l'action par laquelle on demande le paiement des frais funéraires, l'*actio funeraria* ou l'*actio familiæ erciscundæ* (4). Le privilège n'est pas attaché à une action déterminée, mais à la créance elle-même. Aussi peut-on à bon droit s'étonner que les jurisconsultes aient cru utile de s'expliquer sur ce point d'une manière spéciale.

Le privilège garantit non-seulement les frais qui ont été faits pour les funérailles du débiteur lui-même, mais encore ceux qui ont été faits pour des personnes dont les funérailles étaient à la charge du débiteur (5). Ainsi un

1. *Ibid.*

2. Loi 14, § 10. *Ibid.*

3. Sentences Paul, liv. 1, tit. 21, § 15, loi 45. Dig. *De relig.* Loi 17, liv. 42, tit. 5.

4. Loi 14, § 12. Dig. *De relig.* Loi 17, liv. 42, tit. 5. Dig.

5. Loi 17, liv. 42, tit. 15.

père de famille procède aux funérailles de son fils : le paiement des frais funéraires sera assuré par un privilège portant sur les biens du père de famille.

La faveur de la créance des frais funéraires est telle qu'elle passe même avant les créances que le propriétaire peut avoir à raison de la location des *prædia urbana vel rustica*. Si l'on suppose que le défunt ne laisse dans son hérédité que les biens affectés au paiement des loyers (*invecta illata*) les frais funéraires seront payés avant les loyers, sur les biens qui constituent le gage du locateur (1).

Il semble donc que la créance des frais funéraires prime toutes les créances quelles qu'elles soient, et cette conclusion serait admise sans hésitation s'il n'existait pas un texte (2) qui décide d'une manière générale que les créanciers qui ont reçu une hypothèque primeront les créanciers simplement privilégiés. Le créancier des frais funéraires ne pourrait donc exercer son privilège qu'à l'encontre des créanciers chirographaires et non pas à l'encontre des créanciers hypothécaires.

Cette solution ne saurait être admise pour plusieurs raisons. Et d'abord il est évident que les motifs d'ordre public qui ont fait accorder un privilège au créancier des frais funéraires subsistent avec plus de force que jamais. Est-ce que dans cette hypothèse comme dans toutes les autres

1. Loi 14, § 1, Dig. *De religiosis*.

2. Loi 9, Code, liv. 8, tit. 18.

il n'importe pas à la religion nationale, au bonheur du mort, à la salubrité publique que les morts ne restent pas sans sépulture, *ne in sepulta corpora jaceant* ?

En second lieu l'opinion que nous combattons est condamnée par les termes mêmes des textes qui consacrent l'existence du privilège. Voici en effet ce que nous dit Paul dans ses Sentences (1). *Quidquid in funus erogatur, inter æs alienum primo loco deducitur*. Mœcianus (2) nous dit au Digeste en des termes aussi formels : *omne reditum solet præcedere*, Peut-on trouver une pensée plus nettement, plus clairement exprimée ? La créance des frais funèbres prime toutes les créances quelles qu'elles soient. Les jurisconsultes ne distinguent pas entre les créances chirographaires et les créances hypothécaires. Ce serait donc arbitrairement qu'une distinction serait établie par les interprètes.

Mais ces arguments ne sont pas les seuls et il en est d'autres que nous pouvons invoquer à l'appui de notre doctrine. Une constitution de Justinien au titre *de jure deliberandi* au Code me paraît absolument décisive (3). Cette constitution règle les droits de l'héritier qui a accepté l'hérédité sous bénéfice d'inventaire, elle assimile l'héritier bénéficiaire, créancier du défunt, aux créanciers ordinaires, et ne lui fait pas une situation à part. Mais, en ce qui concerne les dépenses funéraires faites par l'héritier, la

1. Sentences Paul. liv. 1, tit. 21, § 15.

2. Loi 45, Dig. *De relig.*

3. Loi 22, § 9. Code, liv. 6, tit. 30.

même constitution, dans un langage très clair, accorde un privilège à l'héritier, à l'encontre de tous les créanciers, sans faire de distinction entre les créanciers chirographaires et hypothécaires. Les sommes nécessaires au remboursement des frais funéraires seront prélevées sur l'hérédité, et c'est seulement sur l'hérédité ainsi diminuée que pourront s'exercer les droits des autres créanciers.

Enfin un texte du Digeste nous fournit l'exemple d'un créancier gagiste, d'un créancier hypothécaire, primé par le créancier des frais funéraires (1). Nous avons vu en effet, il n'y a qu'un instant, que les frais funéraires sont payés avant les loyers, sur les biens affectés à la garantie du paiement de ces loyers. Le locateur des *prædia urbana vel rustica* (2) est un créancier gagiste. Cette décision ne saurait s'expliquer si l'on n'admettait pas, que d'une manière générale, la créance des frais funéraires prime toutes les créances même hypothécaires. Remarquons seulement que l'expression privilège ne répond plus à la réalité des choses. La situation du créancier des frais funéraires n'est plus celle d'un créancier simplement privilégié, mais celle d'un créancier qui a une hypothèque privilégiée. Car c'est un principe, en droit Romain, que les privilèges ne s'exer-

1. Loi 14, § 1. Dig. *De relig.*

2. Loi 14, § 1. Dig. *De religiosis*. Rappelons que les biens du locataire d'un *prædium urbanum* sont affectés à la garantie du paiement des loyers en vertu d'une convention sous-entendue. Il faut au contraire une convention expresse pour que les biens du locataire d'un *prædium rusticum* deviennent le gage du locateur. Loi 4, liv. 20, tit. 2. Digeste.

cent qu'à l'encontre des créanciers chirographaires, et non pas à l'encontre des créanciers hypothécaires (1). Cette considération ne doit pas nous faire hésiter ; car si nous ne trouvons pas dans les textes, l'expression d'hypothèque privilégiée, à propos de la créance des frais funéraires, nous trouvons mieux que cela, nous trouvons la chose elle-même, c'est-à-dire l'hypothèque privilégiée.

Cette garantie si puissante n'existe que pour le paiement des frais admis par le juge de l'*actio funeraria*, comme étant en rapport avec la fortune et la condition sociale du défunt. Il est inutile d'insister longuement sur ce point.

1. Loi 9, liv. 8, tit. 18, Code.

APPENDICE A L'ACTIO FUNERARIA

LÉGISLATION DES NOVELLES

A l'époque du Bas-Empire la diminution de la fortune publique, le développement de la misère, avaient augmenté dans de grandes proportions, le nombre des personnes qui, faute de ressources suffisantes pour payer les sommes strictement nécessaires à leurs funérailles, ne recevaient pas les honneurs de la sépulture. Les empereurs intervinrent et tâchèrent de remédier à cette situation déplorable, en mettant les funérailles des pauvres à la charge de l'église de Constantinople et des villes.

La première décision législative sur ce point remonte à Constantin (1). Ce prince attribua à l'église catholique de Constantinople un certain nombre d'officines (officine) dont les revenus devaient être destinés à enterrer les pauvres gratuitement. Ces officines étaient affranchies de toute espèce d'impôts.

L'empereur Anastase assigna à l'Eglise catholique un revenu annuel et fixe de soixante-dix livres d'or (2).

Justinien reprenant dans une nouvelle les décisions de

1. Loi 4, Code, liv. 1, tit. 2. Nouvelle Léon 12.

2. Loi 18, Code, liv. 1, tit. 2.

Constantin et d'Anastase les confirme d'abord purement et simplement (1). Il fixe le nombre des officines dont les revenus seront employés aux funérailles des pauvres à onze cents. Seules ces officines seront exemptes d'impôts.

Dans une autre novelle Justinien (2) complétant la législation antérieure, réglemente la matière des funérailles et des frais funéraires dans le plus grand détail. Il répartit entre les *decani* et les *defensores* les revenus des officines. Il détermine le nombre de prêtres, d'acolythes, de religieux et de religieuses qui joueront un rôle dans les funérailles et règle leurs honoraires. Le montant des frais est également fixé. L'importance de ces frais varie avec la longueur du chemin que parcourt le cortège funèbre. Ils sont plus considérables si l'ensevelissement doit avoir lieu hors des murs; ils sont moindres s'il doit avoir lieu dans l'intérieur des murs (*intra novos muros*). Il n'est pas défendu de consacrer aux funérailles une somme supérieure à celle qui est indiquée par la Novelle; mais, dans ce cas, l'excédent des dépenses n'est pas à la charge de l'Eglise, mais à la charge de celui qui conduit les funérailles.

Une novelle de Léon complète la liste des décisions législatives sur cette matière. Elle confirme simplement la législation antérieure (3).

1. Novelle 43.

2. Novelle 59.

3. Novelle Léon 12.

DEUXIÈME PARTIE

DE SEPULCRIS

CHAPITRE PREMIER

SECTION I

De l'emplacement des sépulcres à Rome

Dans les idées romaines, l'ensevelissement des morts n'était pas considéré comme un service public auquel l'Etat devait pourvoir. C'était aux citoyens eux-mêmes que revenait ce soin ; et à ce point de vue ils jouissaient de la plus grande liberté. Les conditions de l'inhumation, la détermination de l'emplacement de la sépulture, relevaient de l'initiative individuelle, que le législateur a toujours respectée dans la plus grande mesure et à laquelle il n'a jamais substitué son initiative propre. Son intervention, quand elle se produit (et elle se produit rarement) se justifie par des considérations de l'ordre le plus élevé, tirées

soit de l'intérêt public ou du respect de la religion nationale.

Ce caractère de la législation romaine explique très bien pourquoi il n'y a jamais eu de cimetières à Rome.

Qu'est-ce en effet qu'un cimetière ? Un lieu public destiné à l'ensevelissement des morts. Si nous analysons les conditions requises pour qu'un terrain devienne un cimetière dans le sens que nous avons indiqué, nous en trouvons deux principales.

1° L'affectation de ce terrain à l'ensevelissement des morts; cette affectation ne peut évidemment résulter que d'une loi, que l'on suppose le terrain public ou privé.

2° L'ensevelissement des morts doit être obligatoire, sans aucune exception, dans le lieu ainsi désigné par la loi.

Les deux conditions que nous venons de préciser entraînent des restrictions de la liberté individuelle; elles étaient donc incompatibles avec les mœurs romaines.

Mais si les Romains n'avaient pas de cimetières ils avaient des fosses communes. Une de ces fosses était située près de la porte Esquiline, aux champs Esquilins. On trouvait là un certain nombre de puits, *puticuli* ou *puticoli* où l'on jetait, pêle-mêle, les cadavres des gens de basse condition et qui n'avaient pas les ressources nécessaires pour se faire construire un sépulcre. Horace parle des *puticoli Esquilini* dans une de ces satires (1).

1. Horace. *Satire VIII*, livre 1, vers. 7 à 10.

*Huc prius angustis ejecta cadavera cellis,
Conservusili portanda locabat in arca;
Hoc miserae plebri stabat commune sepulcrum.*

Ce dernier vers notamment met bien en relief le caractère de fosse commune que nous avons donné aux *puter Exquilini*. Varron confirme ce que nous dit le poète : (1)
*A Puteis puticoli quod ibi in puteis obruebantur homines.
Puticulæ quod putescebant ibi cadavera projecta, qui
locus publicus ultra. Exquilias.* Festus ne s'explique pas très clairement sur les *puticoli Exquilias* et se borne à rappeler deux opinions différentes sur ce point sans prendre parti (2). D'après certaines personnes les *puter* auraient été une fosse commune. Dans une autre opinion il n'y avait là qu'une espèce de voirie où l'on jetait les animaux morts. Quoi qu'il en soit, les textes d'Horace et de Varron sont assez clairs et explicites et je crois qu'il ne saurait subsister aucun doute sur la destination des *puticoli* des champs Esquilins (3).

Il y avait en outre à Rome deux terrains destinés à l'ensevelissement de certaines personnes. C'était le champ appelé *Sestertium* et le *Campus sceleratus*.

Le champ *Sestertium* recevait les corps des condamnés

1. Varron. Livre 5, 5.

2. Festus, 5, *Puticoli*.

3. Cet endroit était malsain. C'était un foyer d'épidémie. Auguste le donna à Mécène qui construisit sur l'emplacement des *puticoli* une maison entourée de jardins. C'est à cela que fait allusion Horace dans la satire VIII, livre I, vers 13 : *Nunc licet Exquiliis habitare salubribus.*

à mort. C'est au champ *Sestertium* que les assassins de l'empereur Galba portèrent sa tête (1).

Le *Campus sceleratus* était réservé aux vestales. C'était là qu'on enterrait, vivantes, les vestales coupables d'avoir perdu leur virginité, ou d'avoir laissé éteindre le feu sacré.

A part ces trois exceptions il n'y avait pas, comme nous l'avons dit, de terrains désignés pour les sépultures des citoyens.

Où donc les Romains enterraient-ils leurs morts ? Cela dépend des époques.

Si on se place dans les premiers siècles de Rome, il est très probable que les morts étaient enterrés dans les maisons (2). Cette coutume se concilie parfaitement avec l'idée que les Romains se faisaient du rôle des morts dans les affaires de ce monde. Considérés comme des protecteurs des dieux tutélaires, les morts devaient rester près des vivants, afin que leur protection s'exerçât avec plus d'efficacité et de promptitude.

Cet usage ne pouvait plus être maintenu lorsque Rome

1. Plutarque. *Galba in fine*. Horace, *Épître* 5, vers 99. Le champ *Sestertium* était près des *Exquilins*. Voyez encore Tacite, *Ann.* 2, chap. 32. Suétone, *Claude*, 25.

2. Servius sur Virgile. *Énéide*, livre 5, vers. 64. Pour Servius, la preuve que les morts étaient enterrés dans l'intérieur des maisons, se trouve dans le vers 152 du livre 6 de l'*Énéide* :

Sedibus nunc refer ante suis

Celui qui était décédé hors de sa maison était rapporté au foyer. Pourquoi ? sinon pour y être enterré.

se fut agrandie et que le nombre de ses citoyens eut augmenté. Il n'était possible que dans une petite ville. Aussi disparut-il rapidement. Mais, fidèles à leurs anciennes idées religieuses, les Romains ne consentirent pas à se séparer de leurs morts et les gardèrent, pour ainsi dire, à leur portée, en les inhumant dans les terrains contigus à leurs habitations. C'est là la seconde époque : l'enterrement dans les villes substitué à l'enterrement dans l'intérieur des maisons.

La loi des XII Tables inaugure une ère nouvelle. Elle prohibe la crémation et l'inhumation dans l'intérieur des villes (1). *Hominem mortuum in urbe ue sepelito ne ve urito.*

Les mœurs romaines résistèrent énergiquement à cette innovation des décemvirs. Un sénatus-consulte rendu probablement en l'an 490, sous le consulat de Duillius, rappela les Romains au respect de la loi des XII Tables (2). Cette mesure législative fut insuffisante, et, jusqu'à une époque très avancée de la période impériale, nous rencontrons encore des rescrits, des constitutions, défendant l'ensevelissement dans l'intérieur des villes, notamment (3) un rescrit de l'empereur Adrien. Ce rescrit inflige une peine de quarante *aurei* à toute personne qui aura contrevenu à la prohibition. Les magistrats qui auront toléré l'inhumation dans la ville seront punis de la même peine.

1. Cicéron. *De legibus*, livre 2, 23.

2. Kirchman. Livre 2, chap. 20.

3. Loi 3, § 5, livre 47. Titre 12, Digeste.

Le corps sera exhumé et transporté hors des murs et le terrain où il avait été enterré indûment sera vendu au profit du fisc.

Le rescrit d'Adrien recevait une application générale à tous les territoires de l'empire.

Cette prohibition fut renouvelée par Antonin le Pieux (1).

Une constitution de Dioclétien et de Maximien complète la liste des dispositions législatives défendant l'inhumation des morts dans l'intérieur des villes (2).

Les bronzes d'Ossuna nous ont conservé les dispositions d'un statut municipal, dispositions prohibant l'enterrement dans l'extérieur du municipe. La violation de la loi municipale est punie d'une forte amende. Une action populaire est créée pour le recouvrement de l'amende. Les *duumvirs* devront veiller en outre à la démolition des monuments funèbres qui auraient pu être bâtis (3).

Comment se justifiait une pareille prohibition soit à Rome, soit dans les municipes ? Par l'incompatibilité des *di superi* et des dieux mânes. Chacune de ces classes de dieux devait avoir un domaine distinct et nettement séparé. Le domaine des dieux d'en haut était limité par le *Pomærium*, sorte de fossé, tracé au delà du mur d'enceinte et consacré par des cérémonies religieuses. Dans l'espace de terrain embrassé par le *Pomærium* les *di superi* régnaient

1. *Julius Capitolinus*.

2. Loi 12, Code. *De religiosis*.

3. Bronzes d'Ossuna. Giraud. 2^e partie, 73 et 74.

en maîtres absolus. Les dieux mânes étaient relégués hors de la ville, parce que leur admission dans l'intérieur de la cité aurait été une souillure permanente pour la religion nationale. C'est le motif que donne le (1) jurisconsulte Paul, *ne funestentur sacra civitatis*, dit-il. C'est encore ce motif que nous retrouvons dans la constitution le Dioclétien, *ne sanctum jus municipiorum polluatur* (2).

La prohibition d'enterrer les morts dans l'intérieur des villes comportait certaines exceptions.

Quelques familles jouissaient du privilège d'enterrer leurs morts dans l'intérieur de la ville ; celles des Publicola, des Tubertus, des Fabricius (3). Les Vestales et les triomphateurs avaient aussi leurs sépultures dans l'intérieur des murs.

La défense d'enterrer les morts dans les villes fut levée d'une manière générale et absolue par une nouvelle de l'empereur Léon (4). Avant lui Justinien avait permis l'inhumation dans l'intérieur des monastères (5).

Dans la période qui se place entre la loi des XII Tables et les Nouvelles de Justinien et de Léon les morts étaient inhumés en dehors des murs.

Cette règle, comme nous l'avons déjà dit, était générale, et à part les exceptions indiquées, il y a un instant, cette

1. *Sentences*, Paul. Livre I, tit. 21, § 2.

2. Loi 12, Code. *De religiosis*.

3. Plutarque. *Vie de Publicola*, in fine. Cicéron, *De legibus*, liv. 2, 23.

4. Nouvelle 53.

5. Nouvelle 133, cap. 5.

règle s'appliquait aux grands hommes. On ne leur accordait la plupart du temps même que l'honneur d'une sépulture au champ de Mars. Le champ de Mars était situé au delà du *pomærium* et rien ne s'opposait alors à ce que des inhumations y fussent faites. Pour avoir le droit d'être enterré au champ de Mars il fallait une décision du Sénat. Sylla, César, Drusus, Julie, fille de César, furent enterrés au champ de Mars (1).

Les sépulcres des autres citoyens, c'est-à-dire de la presque totalité des Romains, étaient situés sur des terrains appartenant à des particuliers. Ajoutons qu'ils ne pouvaient être situés que là. Car les lieux publics ne peuvent en principe recevoir de sépulture. Les pontifes le défendent ainsi que le préteur. Si cette défense a été enfreinte, le préteur donne une action *extra ordinem* ; mais il met une condition à la délivrance de cette action, l'inhumation doit avoir été faite *dolo malo*. Si elle a été faite *sine dolo malo* le préteur absoudra le défendeur (2).

Ceux qui possédaient des terrains élevaient des sépulcres sur ces terrains, ceux qui n'étaient pas propriétaires fonciers achetaient un morceau de terre pour y construire leur tombeau.

Les sépulcres quoique rejetés hors des murs pour le motif que nous savons, n'étaient pas considérés dans les

1. Suet. *Cæsar*. 84. Claude 1. Plutarque, *Vie de Sylla in fine*. *Vie de Pompée*. La fille de César fut portée au champ de Mars par le peuple, qui substitua son autorité à celle du Sénat.

2. Loi 8, § 2, liv. 12, tit. 7. Digeste.

idées romaines, comme des objets de deuil, qu'on devait cacher à la vue de tous et éloigner autant que possible du contact et du voisinage des hommes. C'étaient des maisons ni plus ni moins, et comme telles, les Romains ne craignaient pas leur vue. Ils construisaient les sépulcres dans les endroits les plus fréquentés, mêlant ainsi volontairement le souvenir de la mort aux choses et aux affaires de ce monde. Il semblait que les Romains par une association intime entre les vivants et les morts, voulaient acheter le pardon de l'offense qu'ils avaient faite aux dieux mânes en les chassant de la ville.

Les sépulcres étaient bâtis de préférence sur les bords des routes. Il y en avait un très grand nombre sur les voies Latine, Appienne, Aurelia etc. M. Dezobry qualifie l'agglomération des sépulcres aux environs de Rome, de « faubourgs néropolitains » (1). Cette qualification ne paraîtra pas exagérée si l'on veut considérer que la ligne des sépulcres s'étendait jusqu'à 15 ou 16 milles des portes de Rome. C'était donc une véritable nécropole qu'il fallait traverser pour parvenir dans l'intérieur des murs ; et l'on devine aisément la surprise et l'émotion du voyageur quand il approchait de la grande cité.

Dans la construction de leurs tombeaux les Romains ne cherchaient pas à inspirer la crainte de la mort. C'était une demeure à l'usage du mort. On s'efforçait de la rendre aussi agréable et aussi commode que possible pour le dé-

1. Dezobry. *Rome au siècle d'Auguste*. Tome 4, page 95.

funt. On tâchait de satisfaire les goûts particuliers qu'il avait eus sur cette terre. On construisait des jardins auprès du tombeau ; on enterrait avec le mort les différents objets nécessaires à l'exercice de sa profession. Par exemple on enterrait avec un soldat ses armes, une femme avec ses bijoux (1).

Le législateur n'intervenait pas en principe pour régler la construction des sépulcres. Une des rares dispositions législatives concernant les sépulcres était celle qui interdisait de les construire sur la ligne séparative d'un fonds ou de les adosser à un édifice public ou privé. Une distance de 50 pas devait les séparer d'un édifice privé ; cette distance était portée à 60 pas lorsqu'il s'agissait d'une construction publique (2).

SECTION II

§ I. — *Des diverses espèces de sépulcres.*

L'inégalité qui existait entre les funérailles d'un pau-

1. Cet usage existait aussi chez les Gaulois. Dans les sépultures gauloises on découvre des objets de toilette, des armes, des pointes de silex, des mors, des casques. Souvent le défunt était enterré sur un char. Dans un sépulcre, découvert à Septsaulx (Marne) on a trouvé le squelette d'un sanglier dans les côtes duquel était planté un long couteau. Voyez communication de M. Nicaise, président de la société académique de la Marne à la réunion des délégués des sociétés savantes (section d'archéologie) *Journal officiel* du 17 avril 1884, page 2072, 3^e colonne.

2. Loi 3, liv. 11, tit. 8. Dig. Loi 13, liv. 10, tit. 1. Dig. Lois 9 et 11 Code. *De edificiis privatis*. Cicéron, *de legibus*, liv. 2, 24.

vre et les funérailles d'un riche persistait jusque dans les sépulcres.

Le tombeau du pauvre consistait dans une simple fosse où le corps était déposé. Pas de caveau, ni de construction souterraine. Au-dessus, s'élevait une pierre étroite, petite, s'amincissant brusquement à peu de distance du sommet, et se terminant par une sorte de boule (1).

Les sépulcres des riches, des patriciens étaient, au contraire, de grands et majestueux monuments bâtis, soit en pierre soit en marbre, ornés de statues et de colonnes. Les Romains dépensaient pour leurs sépulcres des sommes considérables et déployaient un luxe véritablement inouï. Une tentative fut faite pour le réprimer. Une loi somptuaire rendue sous Jules César défendait de dépasser, dans la construction des sépulcres, une somme qu'elle déterminerait. Toute infraction à la loi était punie d'une amende égale à l'excédent des dépenses sur le taux fixe. Cette loi fut impuissante.

Les sépulcres dont nous parlons se composaient de deux parties bien distinctes : une partie souterraine et une autre partie s'élevant au-dessus du sol. La partie souterraine était un caveau construit en maçonnerie ; divisé en plusieurs compartiments. Sur les parois des murs étaient creusées des niches où l'on déposait les urnes funéraires. On appelait ces niches *loculus* ou *capulum*.

La partie supérieure du sépulcre était construite souvent

1. Elle avait 295 millimètres de haut sur 145 de large.

en forme d'autel. Au sépulcre était jointe une espèce (1) de *culina* ou cuisine où l'on immolait les animaux, et où l'on déposait les aliments indispensables à la subsistance du mort. Presque toujours le sépulcre était entouré de murs et contenait un espace de terrain assez grand pour procéder à la crémation. Le sépulcre, avec le terrain destiné à brûler un mort, formaient un ensemble qu'on désignait sous le nom de *Bustum* (2) ou *sepulcretum*.

Le sépulcre était appelé souvent sarcophage. Le sarcophage était une espèce de cercueil creusé dans une pierre d'Asie Mineure, à laquelle les anciens attribuaient la propriété de manger la chair (σαρξ chair et φαγεῖν manger), en sorte qu'après un certain temps le cadavre avait disparu.

L'expression de cénotaphe désigne un monument qui ne contient aucune dépouille mortelle, soit que ceux auxquels ils sont destinés vivent encore, soit qu'il ait été élevé à la mémoire d'un mort dont les restes n'ont pu être retrouvés (3).

Les sépulcres se divisent en plusieurs classes.

La première que nous rencontrerons est celle des *sepulcra publica*, c'est-à-dire des *sepulcra* construits aux frais du trésor public. Les sépulcres de ce genre sont assez

1. V. *Festus culina*.

2. V. *Festus. Bustum*. Le mot *ustrina* désignait le lieu où l'on brûlait les morts.

3. Loi 6, § 5 et 7. Livre I. Titre 8. Dig. Loi 6, § 1. Livre XI. Titre 7. Ce dernier texte qualifie le cénotaphe de *monumentum purum*.

rares ; nous savons par Plutarque que Valerius Publicola fut enterré aux frais de l'Etat. Une inscription nous donne un autre exemple d'un *sepulcrum publicum* (1).

C. POBLICIO. L. F. BTBULO. AED. PL. HONORIS
VIRTVTIS QVE. CAUSA. SENATVS
CONSVLTO. POPVLI. QUE. JUSSU. LOCVS
MONUMENTI. QUO. IPSE. POSTERIQUE
EJUS. INFERRENTUR. PUBLICE DATUS. EST

La seconde classe des sépulcres comprenait les *sepulcra privata*. C'était la plus nombreuse, et elle se subdivisait elle-même en *sepulcra singularia* et en *sepulcra communia*. Les *sepulcra singularia* sont les plus anciens, les *sepulcra communia* sont de date plus récente. La substitution des uns aux autres s'explique par un changement dans les mœurs romaines et par l'impossibilité d'accorder à chaque mort une demeure séparée. Au début de la société romaine plusieurs morts ne pouvaient être enterrés dans un même tombeau. Il y avait à cela une raison d'ordre purement religieux. L'homme était transformé à sa mort en divinité et avait droit à un culte. Autant de morts, autant de dieux, qui s'excluaient et qui ne pouvaient vivre l'un à côté de l'autre dans le même tombeau. Eviter la confusion des cultes était la principale préoccupation des Romains, et pour cela chaque culte avait son temple propre et le possédait sans partage. Cela ne présentait aucun inconvénient lorsque la population était peu nombreuse et que le terrain

1. Orelli 4, 698.

n'était pas cher. Mais avec l'accroissement rapide de la population et l'augmentation du prix des terrains, tous les inconvénients de l'usage suivi jusqu'alors, apparurent dans toute leur force ; et il fallut renoncer au système des sépultures individuelles pour adopter celui des sépultures en commun, sous peine d'inutiliser une étendue de terrain considérable, au profit des morts et au grand préjudice des vivants.

Les *sepulcra hereditaria* et *familiaria* ont été construits sous l'influence du changement survenu dans les mœurs romaines. Mais fidèles à leurs idées religieuses, les Romains n'admettaient pas encore la véritable sépulture en commun. Les personnes enterrées dans les *sepulcra hereditaria* et *familiaria* étaient unies entre elles par des liens de parenté soit civile, soit naturelle et avant tout par la communauté des *sacra privata*. Le culte était unique, le même pour tous, et le danger de la confusion des cultes n'était pas à redouter. Au surplus, l'usage des *sepulcra singularia* ne disparut pas complètement et ceux qui étaient assez riches se payaient le luxe d'un sépulcre propre.

Mais quand les croyances religieuses des Romains allèrent s'affaiblissant de plus en plus, rien ne s'opposa plus à l'ensevelissement en commun des personnes étrangères les unes aux autres.

D'abord certains patrons construisirent pour leurs affranchis des sépulcres appelés *columbaria*, (κολυμβήρια) (1). Les

1. Les *polyandria* étaient le plus souvent construits pour les soldats morts à l'étranger.

prescriptions religieuses n'étaient pas ouvertement violées, car les affranchis n'étaient pas des personnes étrangères les unes aux autres. Ils faisaient partie de la même *familia*.

Mais on ne conserva bientôt plus aucun ménagement et l'on rompit nettement et franchement avec les préjugés religieux. C'est de cette époque que datent les *columbaria* destinés à des personnes absolument étrangères les unes aux autres. Des sociétés se constituèrent pour la construction de ces *columbaria* qui prirent alors de grandes proportions. C'étaient de grands monuments, dans les murs desquels étaient creusées des niches pour recevoir les urnes funèbres. Certains *columbaria* contenaient jusqu'à 750 de ces niches. On achetait sa niche dans un *columbarium* comme on payait sa place au théâtre. L'autorité pontificale fut forcée de subir ce changement des mœurs : il y avait d'ailleurs un progrès dans l'usage des *columbaria*. En mettant à la portée de tous, l'acquisition d'une sorte de sépulture, la construction des *columbaria* répondait à une nécessité sociale, l'ensevelissement des morts ; elle diminuait le nombre si considérable des individus qu'on aurait été forcé de jeter à la fosse commune des Esquilins.

Les *sepulcra singularia* et *communia* se reconnaissent facilement aux inscriptions qui y étaient gravées.

Le *sepulcrum singulare* portait ordinairement une inscription par laquelle le défunt manifestait le désir d'être

enterré seul. Nous en avons un exemple dans l'inscription suivante (1) :

ALIVS. HUC. INFERATURNEMO.

et dans cette autre (2) :

NE. AD. EXTERUM. PERVENIAT.

Quelquefois le défunt sanctionnait la défense d'enterrer un mort dans son tombeau par une amende infligée à celui qui ne respectait pas sa volonté. Témoin ce fragment d'inscription (3) :

QVI. INTVLERIT. DABIT. SESTERTOS. XX

Le défunt allait même plus loin, et vouait le coupable aux divinités infernales :

ITA. NE. QVIS. VBI

EGO. CONQVIESCO. COMBVRAT. AVT. CINERES
SVOS. PONAT. QVAE. ADVERSVS. FECERIT. VIRGINIBVS
DAMNAS. ESTO (4).

Des inscriptions indiquaient le plus souvent si le sépulcre avait été élevé au défunt par ses héritiers en exécution d'une disposition testamentaire, ou si le défunt avait fait construire lui-même son sépulcre avant sa mort.

Les lettres V. F. (*vivus fecit*) ou V. S. F. (*vivus sibi*)

1. Orelli 4394.

2. Orelli 4403.

3. Orelli 4423.

4. Orelli 4393.

fecit) indiquaient que le *de cujus* avait pris soin de se faire élever un tombeau.

Les lettres T. F. I. H. F. C étaient gravées sur les sépulcres construits par les héritiers sur les ordres du testateur (1).

Les *sepulcra familiaria* étaient les sépulcres construits pour recevoir les membres de la famille. Les *sepulcra hereditaria* étaient destinés aux héritiers (2). Je me borne pour le moment, à cette donnée générale, me réservant de parler plus longuement de ces deux espèces de sépulcres à propos du *jus sepulcri*.

Les *sepulcra familiaria* se reconnaissaient en général aux inscriptions suivantes.

1° SIBI. CONJUGI. ET. LIBERIS.
ET. LIBERTIS. LIBERTABVS. Q. POSTERIS. QVE. EORVM
FECIT
2° HOC. MONVMENTVM. HEREDES. NON SEQVITVR

Ce qui s'écrivait souvent en abrégé.

H. M. N. H. S.

Les *sepulcra hereditaria* portaient l'inscription : H. M.
H. S.

Hoc monumentum heredem sequitur.

1. Il faut traduire ainsi : *Testamento fieri jussit : here les faciendum curaverunt.*

2. Lois 5 et 6. Dig. *De religiosis.*

La plupart des sépulcres portait une inscription qui faisait connaître leurs dimensions.

Mille pedes in fronte, trecentos cippus in agrum, dit Horace.

Ces inscriptions étaient les suivantes :

IN. FR. P. (1)

IN. AGR. P. (2)

§ II. — *Inscriptions gravées sur les sépulcres.*

Nous venons de voir que l'on reconnaissait un *sepulcrum familiare* d'un *sepulcrum hereditarium* à l'inscription qu'il portait. Ces inscriptions, *tituli*, étaient d'un usage universel à Rome, sans distinction entre les pauvres et les riches. Ces inscriptions contenaient les mentions les plus variées. Il faut en faire connaître quelques-unes.

Sur presque tous les sépulcres on gravait les deux lettres D. M. (*Dis manibus*), ou ces trois lettres D. M. S. (*Dis manibus sacrum*).

Dans certaines inscriptions ces lettres sont remplacées par les mots :

DIS. SECURIS (3).

Une inscription, la seule que nous connaissions, consacre le tombeau à Mercure :

1. Voyez Orelli 4351, , 4410.

2. *In fronte*, dimension sur la route, *in agrum*, dimension prise sur la campagne.

3. Orelli 4453.

MER. S. (*Mercurio sacrum*) (1).

Le sépulcre est qualifié dans différentes inscriptions de *domus, æterna, de sedes, de somno sepulcrum æternali sacrum* (2).

Les inscriptions avaient une destination particulière dans certaines hypothèses. Elles contenaient l'expression de la volonté du défunt en ce qui concerne le sépulcre. Nous avons vu tout à l'heure des inscriptions par lesquelles le testateur défendait d'enterrer personne avec lui.

Voici une série d'inscriptions se rattachant au même ordre d'idées (3).

Les unes contenaient défense de vendre ou de donner le sépulcre :

D. M. ALARCIUS
ADJUTOR. FECIT
MONUMENTUM
SIBI. SUIS LIBER
TIS. LIBERTABUS
QUE. POSTERISQUE
EORUM. HOC. M.
VETO. VENIRI. VETO
DONARI (4)

D'autres défendaient d'approcher du sépulcre (5) :

1. Orelli 4664.

2. Orelli 4525, 4534, 4622.

3. Les inscriptions indiquaient en général les dimensions du sépulcre.
Horace. Satire VIII, vers XI, livre I.

4. Orelli, 4388.

5. Orelli, 4392 et 4429.

EXTERÆ. FAMILIÆ. ADITUS. NON. DATUR

Les inscriptions nous rappellent les circonstances dans lesquelles le sépulcre a été construit. Elles nous apprennent que le défunt l'a élevé à ses frais :

DE. SVA. PECVNIA (1)

Qu'il a été restauré et par qui il l'a été (2).

Mais ce n'était pas là le but principal des inscriptions. Leur but était de faire connaître les noms des personnes enterrées, la profession qu'elles avaient exercée durant leur vie, les charges qu'elles avaient remplies, s'il s'agissait d'hommes publics, l'expression des regrets des survivants et surtout l'éloge des morts.

Les louanges étaient prodiguées aux morts. Les maris y sont traités de *bientissimo*, *benemerentissimo*. Les femmes ont toutes les vertus, et leur épitaphe n'est qu'une longue énumération des qualités qu'elles eurent sur cette terre. En voici un exemple :

HIC. SITA. EST. AMUMONE
MACI. OPTIMA. ET
PULCHERRIMA
LANFIFICA. PIA. PUDICA
FRUGI. CASTA. DOMISEDA (3).

1. Gruter, page 468, I.

2. Orelli, 4410 et 4411.

3. Orelli, 4639.

Un mari déclare que sa femme ne lui a jamais causé d'autre tourment que celui de sa mort (1).

Un autre au contraire nous fait savoir que le jour de la mort de sa femme il a rendu grâce aux dieux et aux hommes. Voici cette curieuse inscription :

M. ULPIUS. GERDO
TITULUM. POSUIT
CLAUDIAE. TUCHENI
CONJUGI. CARISSIMAE
CUM. QUA. VIX. ANNOS
II. MENS. VI. DIEB
III. HORI. V. IN. DIE
MORTIS. GRATIAS
MAXUMAS. EGI
APUT. DEOS. ET
APUT. HOMINES

L'inscription indiquait souvent le nombre d'années que le défunt avait vécu, le nombre de mois, le jour de la mort, L'épitaphe de Papinien contenait tous ces détails. La voici telle qu'elle est rapportée dans Kirchman (2).

AEMILIO. PAVLO. PAPINIAMO. PRAEFECTO
PRAETORIO. JURIS. CONSULTO. QUI. VIXIT. AN. XXXVI
DIES. X. MEN. III. PAPINIANUS. HOSCTILIUS. EUGENIA
GRACILII. TURBATO. ORDINE
IN. SENIO. HEV. PARENTES. FECERUNT

1. Gruter, 990, 3.

2. Livre 3, chap. 20.

Les épitaphes contenaient aussi des prières adressées aux passants. Exemple :

H. S. E. T. R. P. D. S. T. T. L (1).

Cette autre :

PER. DEOS. SUPEROS
INFEROS. QVE. TE. ROGO. NE
OSSUARIA. VELIS. VIOLARE (2).

Il faut clore ici la liste de ces inscriptions déjà trop nombreuses. Ajoutons pour terminer que souvent elles renferment des maximes philosophiques ou religieuses (3) comme celles-ci :

NASCENTES. MORIMUR. FINIS. QVE. AB. ORIGINE
PENDET.

§ 3. — *De la privation de la sépulture.*

Tout citoyen romain avait droit à la sépulture. Cela se comprend très bien, puisque dans les idées romaines, la privation de sépulture était considérée comme un châtiment et vouait à un malheur perpétuel l'âme dont le corps n'était pas enseveli.

Il y avait cependant des exceptions, et la sépulture était refusée à certains individus, aux criminels d'Etat, c'est-à-

1. Orelli, 4757. Cela signifie : *Hic situs est. Te roga prætereum dicos. Sit tibi terra levis.*

2. Orelli, 4784.

3. 4804. Orelli.

dire *perduellionis damnati*, à ceux que les textes appellent *suspendiosi*, et enfin à ceux qui s'étaient donnés volontairement la mort. Reprenons séparément chacune de ces catégories.

Les *perduellionis damnati* étaient ceux qui avaient été condamnés pour crimes de lèse majesté, ou pour attentats dirigés contre la sûreté et la paix de l'État (comme nous dirions aujourd'hui). Ils étaient privés de sépulture et leurs parents ne pouvaient porter leur deuil (1). La loi romaine allait plus loin, et permettait à un fils de tuer son père condamné pour crime envers l'État, et au père de tuer son fils reconnu du même crime. Une récompense était due, d'après cette loi, à celui qu'elle considérait, non pas comme un assassin, mais comme un justicier (2).

Valère-Maxime nous raconte que les Gracques furent privés de sépulture (3) malgré les services qu'ils avaient rendus à l'État, malgré l'illustration et l'éclat de leur famille.

La deuxième catégorie d'individus qui étaient privés de sépulture comprenait les *suspendiosi* c'est-à-dire d'une manière générale, les suppliciés, les pendus (*suspendiosi*), les crucifiés (4).

Les condamnés à la relégation *in insulam* étaient également privés de sépulture. Marcien a, pour exprimer cette

1. Loi 11 § 3. Livre 3, tit. 2.

2. Loi, 35, Dig., livre XI, tit. 7. *Basiliques*, livre 49, 35.

3. Valère-Maxime, 6, cap. 3, § I.

4. Loi 11, § 3. Dig. Livre 3. Tit. 2.

idée, une expression énergique : *pæna post mortem manet* (1).

Les personnes qui se donnaient la mort volontairement ne recevaient pas les honneurs de la sépulture. La règle était absolue et ne comportait aucune exception. Mais sous l'influence des doctrines stoïciennes il se fit un revirement dans les mœurs et les idées des Romains. Le suicide fut (2) considéré comme un acte honorable. La sépulture ne pouvait donc pas être refusée à celui qui avait accompli un acte de courage. De là une distinction entre les suicidés. Ceux qui se seront donnés la mort par ennui de la vie, *tædio vitæ*, seront ensevelis. Ceux, au contraire, qui se seront tués, comme disent les textes, *mâlâ conscientia*, pour échapper à une peine méritée, aux conséquences d'un crime qu'ils auraient commis, seront privés de sépulture (3). Les Romains n'admettaient pas que la mort fût un moyen de s'assurer l'impunité ; il fallait une vengeance à la société, et, ne pouvant l'exercer sur l'homme vivant, elle l'exerçait sur son cadavre.

Que faisait-on des cadavres qui n'étaient pas ensevelis ? Pour les suppliciés, les *suspendiosi*, on les laissait sur leurs croix, ou pendus à leurs gibets. Un soldat montait la garde pour empêcher que les parents ne vinssent dérober les cadavres et les ensevelir.

1. Loi 2. Livre 48, tit. 24, Digeste.

2. Sénèque. *De irâ*, livre 3, cap. 15.

3. Loi 11, § 3. Dig. Livre 3, tit. 2.

Les cadavres des autres individus privés de sépulture étaient portés au champ *Sestertium*.

Souvent aussi ils étaient exposés à la vue du public sur les Gémonies. Les Gémonies étaient les marches d'une prison appelée le *Tullianum*. De là les cadavres étaient portés au champ *Sestertium*, ou bien ils étaient jetés dans le Tibre (1).

D'après une constitution de Constantin, les parricides étaient enfermés dans un sac avec des serpents et d'autres animaux, puis jetés soit dans la mer, soit dans un fleuve (2).

La défense d'ensevelir pouvait, cependant, être levée par l'empereur, et la permission de donner la sépulture pouvait être accordée non seulement aux parents, mais même à des étrangers (3). Ulpien rapporte qu'Auguste avait donné l'exemple de la clémence, en accordant un grand nombre de permissions de ce genre. Le témoignage d'Ulpien était malheureusement contredit par celui de Suétone (4).

1. Des empereurs romains furent trainés aux gémonies et jetés dans le Tibre, notamment Vitellius et Commode. Suétone, *Vitellius*, 17. Commode, V. *Eutrope*. Tibère faillit avoir le même sort. Suét. *Tibère*, cap. 75. Héliogable fut, avant d'être jeté dans le Tibre, trainé dans un cloaque. Traîner quelqu'un aux gémonies se disait en latin *unco trahere*. On se servait d'un crochet, *uncus* qu'on enfonçait dans le cadavre.

2. Loi 1, Code. Livre 9, titre 17.

3. Dig., livre 48, tit. 24. Loi 1 et 3.

4. Suétone, *Auguste*, 13. Suétone nous raconte que la tête de Brutus fut envoyée à Rome et placée sous la statue de César. Les prisonniers égorgés après la bataille de Philippe ne furent pas enterrés. Auguste résista aux prières de leurs parents qui demandaient la permission de les ensevelir, en disant que leur sépulture appartenait aux oiseaux.

Ces permissions d'ensevelir, qui dans les premiers temps de l'Empire étaient exceptionnelles, semblent être devenues, sous Dioclétien, une règle générale. Une constitution de cet empereur, par la manière dont elle est rédigée, nous autorise à croire, qu'il suffisait que la permission fût demandée, pour qu'elle fût accordée (1).

1. Loi 11, Code. Livre 3, titre 44.

CHAPITRE II

DES RES RELIGIOSÆ

§ 1. — *Des conditions requises pour qu'une chose devienne une res religiosa.*

Les sépulcres étaient des *res religiosas*, on peut même dire que les sépulcres composaient à eux seuls la classe des *res religiosas*. C'est ce qui résulte de la définition (1) donnée par Gaius des *res religiosas* : ce sont, d'après ce jurisconsulte, les *res quæ Dis manibus relictæ sunt*. Les dieux Mânes représentent, nous le savons dans la religion romaine, les âmes des morts. *Res dis Manibus relictæ*. Cette expression ne peut évidemment désigner que les sépulcres. Sépulcres et *res religiosas* sont donc des expressions absolument synonymes.

Tout citoyen pouvait construire un sépulcre pour ses morts ; tout citoyen avait par cela même le droit de créer des *res religiosas*. L'exercice de ce droit était subordonné à certaines conditions.

La première condition est celle-ci : Il faut qu'il y ait eu

1. Gaius 2, *Comm.* § 4.

inhumation dans le sépulcre, Jusqu'à l'inhumation le sépulcre est un monument profane.

Le cénotaphe se trouve ainsi, naturellement exclu de la catégorie des *res religiosæ*. Qu'est-ce en effet qu'un cénotaphe ? C'est un tombeau vide, *tumulus inanis, locus purus* (1). Ulpien est très formel sur ce point : voici ce qu'il nous dit : *non esse religiosum divi Fratres scripserunt* (2).

Le jurisconsulte Marcien, s'appuyant sur les vers suivants de Virgile (3) :

*Libabunt cineri Andromache, manesque vocabat
Hectoreum ad tumulum, viridiquem cespitem inanem,
Et geminas, causam lacrymis, sacraverataras.*

(4) estimait que le cénotaphe était une *res religiosa*. La décision de Marcien est reproduite au Digeste, mais elle est suivie immédiatement de la décision contraire d'Ulpien. Cette contradiction entre les deux jurisconsultes pourrait faire croire à l'existence d'une controverse, dans le droit classique, sur le caractère du cénotaphe. Je ne crois pas qu'il y ait eu de discussion sur ce point. Voici, comment j'explique la contradiction entre les textes d'Ulpien et de Marcien. Il y avait à Rome deux espèces de cénotaphes. Les uns étaient élevés à des personnes qui avaient déjà des sépulcres ; ou bien, ils étaient simplement destinés à rece-

1. Loi 1, § 4. Loi 6, § 1. Dig. *De religiosis*.

2. Loi 6, § 1, *ibid.*

3. Virgile. *Ænéide*, livre 3, vers 303 à 305.

4. Loi 6, § 5 et loi 7, dig. Livre I, tit. 8.

voir les restes de personnes encore vivantes. Sur les cénotaphes de cette espèce, pas de difficulté. Ils n'étaient pas des *res religiosæ* ; et ce sont eux qui étaient visés par le texte d'Ulpien. D'autres, au contraire étaient construits pour des morts dont le cadavre n'avait pu être retrouvé. On accomplissait certaines solennités, on faisait des sacrifices pour appeler les Mânes dans le cénotaphe et pour en faire leur nouvelle demeure. Comme nous l'avons vu plus haut (1), le cénotaphe assurait le repos de l'âme errante jusque là ; dans les idées romaines l'âme, s'y fixait pour toujours. La présence de l'âme donnait au *tumulus inanis* le caractère religieux ; car à proprement parler il n'était plus *inanis*. C'est à des cénotaphes de cette espèce, qu'il faut rapporter la décision de Marcien.

Les textes d'Ulpien et Marcien, statuant sur des monuments de nature, de destination différente, ne se contredisent donc pas. La contradiction n'existe qu'aux yeux des compilateurs de Justinien, qui tout en voulant la faire disparaître, voulaient aussi en perpétuer le souvenir.

2^e Condition. — L'inhumation devait être faite pour toujours dans le sépulcre. L'inhumation provisoirement faite, par exemple pour le temps nécessaire à la construction d'un sépulcre, ne fait pas de la chose où le cadavre a été déposé une *res religiosa* (2).

Une question se pose ici. L'inhumation devait-elle être

1. Page 47.

2. Loi 40, Dig. *De religiosis*.

régulière, accomplie suivant les rites prescrits par les Pontifes, pour que le sépulcre devint une *res religiosa* ; ou bien suffisait-il d'une simple inhumation faite sans l'observation de ces rites ?

Pour répondre à cette question, il faut distinguer les époques. Il est certain qu'à l'époque du droit classique l'accomplissement des rites funéraires est absolument indifférent au point de vue qui nous occupe, et que l'observation des solennités religieuses n'est nullement requise pour que l'inhumation donne au lieu où elle est faite le caractère religieux. Aucun texte du Digeste ne fait allusion, de près ou de loin, à cette condition. Dans le droit classique, l'inhumation pure et simple suffit.

Mais il n'en était pas ainsi du temps de Cicéron. Les funérailles devaient être *justa* ; toutes les cérémonies funèbres devaient avoir été scrupuleusement observées pour que le sépulcre devint religieux (1). Et cela se comprend facilement. Ce qui donne à un sépulcre le caractère religieux, c'est la présence de l'âme du mort. Or, quand les rites funèbres n'avaient pas été observés, l'âme n'était pas enfermée dans le sépulcre ; elle était errante. Le sépulcre

1. Cicéron. *De legibus*, 2, 22. Voici le passage de Cicéron très net et très clair..... *Nam priusquam in os injecta gleba est, locus ille, ubi crematum est corpus, nihil habet religiosus. Injecta gleba, tumulus, ubi humatus est, ex gleba vocatur, actum denique multa religiosa jura complectitur.* L'os dont il s'agit ici c'est l'*os rescelum* ou *exceptum*. Le sépulcre ne serait donc devenu religieux qu'au jour *feriæ denicales*, époque à laquelle nous pensons qu'avaient lieu les funérailles de l'*os exceptum*.

ne pouvait donc pas être religieux puisque l'âme ne l'habitait pas.

La loi romaine ne faisait aucune distinction entre le sépulcre de l'esclave et celui du citoyen romain (1). Ils étaient tous les deux des *res religiosæ*.

Seul le sépulcre de l'ennemi restait une chose profane (2).

Certains auteurs ajoutent une autre condition ; l'inhumation devait être faite dans un lieu où la loi ne défend pas de la faire (3). Or, la loi des XII Tables, un rescrit d'Adrien, une constitution de Dioclétien et Maximin défendent d'enterrer les morts dans la ville. Donc tous les sépulcres construits dans la ville en violation de ces lois ne seront pas des *res religiosæ*. Telle est la conclusion à laquelle on arrive. Je ne crois pas cette conclusion exacte. Prenons en effet le texte législatif le plus complet sur cette matière, le rescrit d'Adrien. Que dit ce rescrit ? Il inflige une peine de quarante *aurei* à toute personne qui aura enterré un mort dans l'intérieur de la ville. Il décide en outre que le terrain sera vendu aux enchères, et que le corps sera transporté ailleurs. Mais il ne dit pas que le sépulcre ne sera pas religieux, et j'ajoute, qu'il ne pouvait pas le dire. Car c'est précisément, parce que le Locus était reli-

1. Loi 2. *Princip.* Dig. *De religiosis*. La décision de cette loi s'explique par le principe formulé dans la loi 32. Dig. Livre 50, tit. 17. *Quod ad jus naturale attinet, omnes homines æqueles sunt.*

2. Loi 4, Dig. Livre 47, tit. 12.

3. M. Accarias. *Précis de droit romain*. Première édition, tome I page 411.

giosus, et qu'il le restait jusqu'à l'exhumation qu'Adrien édictait des peines aussi sévères. Si on admettait l'opinion contraire, il faudrait décider que le sépulcre bâti dans la ville, peut être impunément violé et que de ce chef il n'y aura jamais lieu à l'action de *sepulcro violato*. C'est là une conséquence inadmissible. Je pense donc, qu'pour écarter cette conséquence il faut décider que le sépulcre bâti *intra muros* était religieux.

Gaius semble exiger une autre condition. *Dummodo*, dit-il, *funus ejus mortui ad nos pertineat* (1). Il faut que le soin des funérailles de ce mort nous incombe. Si donc un étranger inhume un mort, il faudrait décider, pour être d'accord avec le texte de Gaius, qu'une inhumation sera dénuée d'effet et que le lieu restera profane. Ce serait une erreur. Car, nous le savons, à Rome, le premier venu peut se charger des funérailles des morts ; nous avons sur ce point un texte formel d'Ulpien (2). *Ego*, dit ce jurisconsulte, *etiamsi heres non intulerit, sed quivis alius, herede vel cessante vel absente, tamen locum religiosum facere puto*. Le lieu devient religieux. Que signifie donc le passage de Gaius ? Voici, à mon avis, le sens qu'il convient de lui donner. Les héritiers, les parents du défunt, sont chargés, avant tous les autres, de procéder aux funérailles ; à leur défaut, la loi romaine donne mandat à tous les citoyens de rendre au défunt les derniers honneurs. Mais ce n'est

1. Gaius. *Comm.* 2, § 6.

2. Loi 4, Dig. *De religiosis*.

là qu'un droit subsidiaire donné par la loi aux étrangers, un droit qui ne peut entraver l'exercice du droit naturel et primordial des héritiers ou des parents. Entre la volonté de ces derniers et la volonté d'un étranger la loi n'hésitera pas ; elle sanctionnera celle des parents. Il faut donc supposer, pour que le texte de Gaius s'applique, qu'il y a conflit entre les héritiers et un étranger, que les héritiers veulent enterrer le mort dans un endroit qu'ils ont choisi, et qu'ils en sont empêchés par l'étranger, qui s'arrogeant un droit qu'il n'a pas, voudrait célébrer les funérailles et enterrer le défunt dans un terrain de son choix : alors on peut dire *ad eum funus non pertinet* ; et le lieu où il ferait l'inhumation, au mépris des droits des héritiers et des parents, ne deviendrait pas un lieu religieux.

3^e Condition. — Il faut que l'inhumation soit faite par le propriétaire du fonds ou avec son consentement. Il y a, en effet, dans le fait de l'inhumation sur le terrain d'autrui une violation du droit de propriété nettement caractérisée (1).

Mais il ne suffit pas d'être propriétaire, il faut de plus être propriétaire *ex jure quiritium* de la chose où l'inhumation est faite. L'inhumation faite dans un fonds provincial, n'aura pas le pouvoir de faire du fonds, un *locus religiosus*, parce que, comme le dit Gaius, la propriété des fonds provinciaux appartient au peuple Romain ou à l'empereur, *quia in eo solo dominium populi Romani vel Cæ-*

1. Gaius 2, § 6.

saris est. Elle n'appartient pas aux particuliers (1). Cette décision est purement théorique, c'est une reconnaissance des principes rigoureux du droit. Mais dans la pratique elle ne produira aucun effet. Le lieu ne sera pas religieux, mais il sera considéré comme religieux, et à l'aide de ce subterfuge la condition du sépulcre élevé sur un fonds provincial, sera, en fait, absolument la même que celle du sépulcre élevé sur un terrain susceptible du *dominium ex jure quiritium*.

A ce propos, demandons-nous, si le possesseur de bonne foi peut rendre religieux une partie du fonds qu'il possède. Il faut répondre non. Car il n'est pas propriétaire. Mais j'ajoute qu'il faut étendre à notre hypothèse, la décision donnée par Gaïus en ce qui concerne le possesseur d'un fonds provincial. Le lieu sera considéré comme religieux. Nous donnerons la même solution pour le propriétaire *bonitaire* et pour celui qui peut invoquer la prescription *longi temporis*.

Il est à peine besoin de dire que l'usufruitier ne peut faire une inhumation dans le fonds grevé d'usufruit (2). Et ce que nous disons de l'usufruitier il faut le dire à *fortiori* de tous les autres titulaires de droits réels.

4^e Condition. — L'exercice du droit du propriétaire ne doit léser aucun droit. L'existence de droits réels sur une chose, même d'un simple droit de rétention, suffit pour paralyser le droit du propriétaire.

1. Gaïus 2, § 7.

2. Loi 1, § 7, Dig. *De religiosis*.

Nous allons faire l'application de ce principe à de nombreuses hypothèses :

1° Un droit d'usufruit existe sur la chose. De même que l'usufruitier ne peut rendre religieux le fonds dont il a l'usufruit, de même le propriétaire ne peut, sans le consentement de l'usufruitier, donner le caractère religieux à une partie de ce même fonds (1). Cette décision est commandée par les principes. Il y a en présence, sur une même chose deux droits réels, qui doivent se respecter mutuellement. Le propriétaire doit s'abstenir de toute entreprise tendant à diminuer le droit de l'usufruitier. Or il est évident que si le propriétaire avait le droit, qui lui est refusé, il pourrait ainsi soustraire à l'exercice du droit d'usufruit une portion considérable du fonds.

En ce qui concerne l'usufruitier, il y a cependant deux exceptions à la règle générale que nous venons de poser.

1° Le propriétaire pourra se passer du consentement de l'usufruitier (2) lorsqu'il s'agira de donner la sépulture au défunt qui a constitué l'usufruit, par acte de dernière volonté. Cette exception se justifie pleinement par cette considération que l'usufruitier recevant une libéralité, peut subir une charge légère sans avoir le droit de se plaindre. Une condition est mise à cette exception. Il faut que l'inhumation puisse se faire plus commodément et plus facilement dans le fonds grevé d'usufruit que dans tout autre

1. Loi 1, § 7, *ibid.*

2. *Ibid.*

fonds. Ainsi, par exemple, celui qu'il s'agit d'inhumer est mort à Rome ; le fonds sur lequel l'usufruit a été établi est aux portes de Rome, et l'inhumation n'est possible que dans ce fonds ou dans un autre fonds situé à Naples. Pour éviter de pareils embarras, de pareilles difficultés pour l'héritier, les Romains n'hésitaient pas à faire échec aux principes rigoureux du droit. Indépendamment de la considération que nous avons fait valoir plus haut, c'est une nécessité toute pratique qui amène les jurisconsultes à méconnaître le droit strict de l'usufruitier (1).

2° La deuxième exception à notre règle générale, se rencontre dans une hypothèse à peu près semblable en tous points à l'hypothèse précédente. Il faut supposer, que l'usufruit de chacun des fonds composant le patrimoine, a été légué à des personnes différentes. Dans ces conditions quelle va être la situation de l'héritier, quels vont être ses droits ? Si on consulte les principes, l'héritier ne peut forcer les usufruitiers à recevoir dans leur fonds grevé d'usufruit le cadavre du défunt. Mais par les mêmes considérations que celles que nous avons exposées tout à l'heure l'héritier pourra inhumer le défunt dans l'un des fonds dont il n'a que la nue propriété. Il choisira celui qui lui conviendra pour y faire l'inhumation et l'usufruitier du fonds choisi sera contraint de la subir. Entre notre seconde hypothèse et la première, il y a une très grande différence. Dans la première, aucune indemnité n'est accordée à l'usu-

1. Loi 2, § 7, Dig. *De religiosis*.

fruitier. Dans la seconde, on lui reconnaît un droit à une indemnité et on lui donne une action *in factum* pour l'obtenir (1). Quelle est la raison de cette différence, et s'il se trouve des motifs juridiques pour justifier le droit à l'indemnité dans la seconde de ces espèces, comment font-ils défaut dans la première ? Voici l'explication qui me semble la plus rationnelle. Dans le premier cas que nous avons étudié, l'héritier se trouve en présence d'un usufruitier unique, dans le second il a devant lui plusieurs usufruitiers. Or la situation juridique de ces usufruitiers doit être la même, l'égalité doit régner entre eux. Ils ont les mêmes droits et doivent subir les mêmes charges. L'un d'entre eux subit exclusivement une charge, qui d'ailleurs, de sa nature ne saurait être répartie entre les autres ; l'égalité est rompue à son préjudice, on la rétablit à l'aide d'une indemnité qu'il pourra exiger de l'héritier (2).

Si le droit de l'usufruitier paralyse le droit du propriétaire il faut en dire autant des droits de servitude. Les titulaires de ces droits pourront s'opposer à l'inhumation. Cette règle comporte la même exception que celle qui a été indiquée pour le cas où un usufruit a été établi sur le fonds. Seulement, on ne distingue pas, en matière de servitude, entre la constitution de la servitude par acte entre vifs, et la constitution par acte de dernière volonté (3).

Le créancier gagiste a vis-à-vis du propriétaire de la

1. Loi 46, *ibid.*

2. Loi 46. Dig. *De religiosis*.

3. Loi 2, § 8. *Ibid.*

chose donnée en gage, les mêmes droits que l'usufruitier et que le titulaire d'une servitude. Le gage est une garantie, elle ne peut être diminuée sans le consentement du créancier (1). Le droit du créancier gagiste est absolu, lorsqu'il s'agit de l'inhumation de personnes étrangères au débiteur, c'est-à-dire des personnes qui ne font pas partie de sa famille, et pour être plus exact, de personnes dont les funérailles ne sont pas à sa charge. Mais le créancier gagiste ne peut s'opposer à l'inhumation du débiteur ni à celle des membres de sa famille. Je crois, malgré les termes généraux de la loi, que le créancier gagiste pourrait s'opposer à l'inhumation, si le débiteur avait un autre fonds, où l'inhumation pourrait être faite aussi facilement que dans la chose donnée en gage. La situation du créancier gagiste est aussi intéressante que celle de l'usufruitier, il doit donc ne pas être plus mal traité que lui.

Tous les développements dans lesquels nous sommes entrés peuvent se résumer dans la formule suivante. Toute inhumation faite en violation des droits des tiers est inefficace et n'enlève pas à la chose son caractère profane. Si la loi Romaine s'était arrêtée là, elle aurait été incomplète et aurait laissé sans protection les droits des tiers. Il y avait préjudice causé, il fallait une réparation, une indemnité.

Le prêteur a reconnu ce droit à une indemnité. Exposons donc le système du prêteur sur cette matière.

1. Loi 2, § 9. *Ibid.*

Il est à peine besoin de dire que celui dont les droits ont été méconnus par une inhumation illicite peut après coup donner son consentement : le fonds devient alors religieux(1).

Mais, supposons que l'intéressé, le propriétaire, l'usufruitier, le créancier gagiste persiste dans son refus de consentir à l'inhumation, que va-t-il arriver ? La réponse est dans le texte de l'Edit du prêteur (2) *Poetor ait : sive homo mortuus, ossare hominis mortui, in locum purum alternis. aut in id sepulcrum, in quo jus non fuerit, illata esse dissentur : qui hoc fecit, in factum actione tenetur et poenæ pecuniariae subjicietur.*

Remarquons que les termes de l'Edit ne visent qu'une seule hypothèse, celle où l'inhumation a été faite dans le fonds d'autrui, *in fundum alienum*, L'action *in factum* n'est accordée qu'au propriétaire. Nous nous renfermerons donc pour le moment dans la lettre de l'Edit, et nous nous bornerons à étudier les droits accordés par le Prêteur au propriétaire lésé.

Le propriétaire a le choix entre les deux partis suivants. Ou bien faire exhumer le cadavre en observant les formalités prescrites par les pontifes ; ou bien exercer une action *in factum* pour obtenir une indemnité (3).

Dans aucun cas le propriétaire n'a le droit, de sa propre autorité, de faire procéder à l'exhumation du cada-

1. Loi 3. Dig. *De religiosis*.

2. Loi 2, § 1 et 2. *Ibid.*

3. Loi 1, § 1 et 2. *De relig.* Dig.

vre. Il doit au préalable demander l'autorisation au collège des pontifes ou à l'empereur (1).

Si le propriétaire a fait cette exhumation sans en avoir obtenu la permission, il est exposé à l'action d'injures. Il n'y a pas lieu ici à l'action de *sepulcro violato*, car le fonds n'est pas religieux.

L'action d'injures appartiendra, quoi qu'il arrive, à l'héritier, que l'on suppose l'exhumation postérieure ou antérieure à l'adition d'hérédité. Dans le premier cas en effet, l'injure a été pour ainsi dire faite à l'héritier. Dans le second cas, l'injure a été faite au défunt, mais l'action à laquelle cette injure a donné naissance se trouve acquise à l'hérédité, et du jour de l'adition, elle passe à l'héritier avec le reste du patrimoine (2).

Ajoutons, que le préteur accorde au propriétaire le droit d'obtenir une condamnation à une peine pécuniaire, contre celui qui a fait l'inhumation illicite. Le texte de l'édit est muet sur le montant de cette peine. Je crois qu'il s'agit ici de la peine du crime de violation de sépulture. Cette opinion se trouve justifiée par le rapprochement des paragraphes 1 et 2 du § 1^{er} au titre *de Religiosis*. Le premier qui suppose une inhumation faite dans le fonds d'autrui n'accorde que l'action *in factum* et ne parle pas de cette peine pécuniaire. Le paragraphe second prononce

1. Loi 8, Princip. Dig. *De relig.* Loi 14, Code *De relig.* Dans les provinces l'autorisation devait être demandée au *præses* qui avait été substitué en cette matière à la compétence des Pontifes.

2. Loi 1, § 6. Dig. *De injuriis*.

au contraire une peine pécuniaire. Mais l'hypothèse en vue de laquelle ce paragraphe a été rédigé n'est pas la même que celle du paragraphe premier. Il suppose que l'inhumation a été faite dans le fonds d'autrui ou dans un sépulcre. C'est pour le cas où l'inhumation a été faite dans le sépulcre d'autrui que le préteur prononce la peine pécuniaire, parce que cette inhumation constitue le fait de violation de sépulture. Cette peine ne pouvait être infligée à celui qui a inhumé dans le fonds d'autrui, car il n'a pas violé de sépulture.

Nous fixerons le montant de cette peine quand nous traiterons de l'action *de sepulcro violato*.

Revenons à notre action *in factum*. Le texte de l'édit est trop étroit. Il ne vise, comme nous l'avons déjà dit, que l'hypothèse d'une inhumation faite dans le fonds d'autrui, *in fundum alienum*, et il ne donne l'action *in factum* qu'au *dominus*. Nous emparant des termes exprès de l'Edit, devons-nous conclure que l'usufruitier, le créancier gagiste ne peuvent pas avoir l'action *in factum*, parce que l'inhumation qui viole leurs droits n'a pas été faite par un *non dominus*, *in fundo alieno* ? Cette conclusion paraît imposée par le commentaire qui accompagne l'Edit. Tous les développements que contient ce commentaire n'ont trait qu'aux droits du propriétaire. Ainsi par exemple, il nous est dit que le possesseur de bonne foi n'a pas l'action *in factum*, que cette action appartient au *dominus* (1). Mais il ne faut

1. Loi 2, § 1. Dig. *De religiosis*.

pas nous laisser induire en erreur, ni admettre la solution que les termes de l'Edit semblent autoriser. Un texte formel reconnaît à l'usufruitier et au titulaire d'un droit réel quelconque sur un fonds, le droit d'exercer l'action *in factum* (1). J'ajoute que même, sans texte, nous aurions dû adopter la même solution, parce que les droits de l'usufruitier, pour ne parler que de lui, sont les mêmes que ceux du propriétaire.

L'action *in factum* accordée soit au propriétaire, soit à l'usufruitier, soit aux autres titulaires de droits réels, est perpétuelle, elle est donnée à l'héritier et contre les héritiers (2).

Dans un cas, l'action *in factum* est donnée à l'intéressé sous la forme d'une action utile. L'édit du prêteur vise expressément (3) une inhumation dans un *locus alienus* ou dans un *sepulcrum alienum*. Or, il peut arriver que l'inhumation ait été faite dans une tombe en pierre, *arca lapidea*. Evidemment, il fallait donner une action au propriétaire pour obtenir réparation du préjudice causé. Mais on ne pouvait lui donner l'action *in factum* directe ; le terme de l'Edit s'y opposait ; on lui délivrera une action utile (4).

Nous avons réservé pour la dernière étude une espèce très intéressante, où les textes donnent à la même personne jusqu'à trois actions différentes. C'est celle où un propriétaire par *indivis*, un *socius* a inhumé un mort sur un terrain sans le consentement des autres copropriétaires.

1. Loi 8, § 4. *Ibid.*

2. Loi 7. Princip. Dig. *De religiosis*.

3. Loi 2, § 1 et 2. *Ibid.*

4. Loi 7, § 1. *Ibid.*

Il est certain d'abord, que cette inhumation faite par un seul des *socii* sans le consentement des autres, ne peut attribuer à ce fonds le caractère de *res religiosæ* (1). Il était impossible qu'il en fût autrement. A quelque cause en effet que l'on rattachât l'indivision, la décision contraire violerait les droits des *socii*. Si l'indivision résulte d'un contrat de société, on méconnaîtrait l'intention des parties contractantes ; si on suppose que l'indivision provienne d'une cause autre que la convention, par exemple de l'arrivée de plusieurs personnes à une succession, le droit de chacun des copropriétaires, de s'opposer à toute innovation sur le fonds possédé par *indivis*, aurait été évidemment lésé.

Quelles actions vont être données aux copropriétaires pour se faire indemniser du préjudice que leur cause l'inhumation ?

La loi 6 § 3, au titre *communi dividundo*, accorde aux (2) copropriétaires l'action *in factum*. C'était l'opinion de Trebatius et de Labéon. Ulpien reproduit cette doctrine sans l'adopter et sans la repousser. Mais au titre *de religiosis* le même Ulpien (3), donne l'action *erciscundæ familiæ* ou *communi dividundo* suivant que l'indivision résulte ou ne résulte pas *ex causa hereditaria*. Pomponius au titre *pro socio* donne l'action *pro socio* (4).

1. Loi 6, § 6. Dig., liv. 10, tit. 3.

2. Loi 6, § 3. Dig., livre 10, tit. 3.

3. Loi 2, § 1. Dig. *De religiosis*.

4. Loi 39, Dig., livre 17, tit. 2.

Ces diverses décisions sont-elles contradictoires, et nous révèlent-elles, par conséquent, l'existence d'une controverse entre Trebatius et Labéon d'un côté et Ulpien et Pomponius de l'autre? Je crois que la contradiction n'est qu'apparente et que ces diverses solutions peuvent être facilement expliquées et conciliées, si on admet que l'action *in factum* est subsidiaire, c'est à dire qu'elle ne peut être exercée qu'à défaut de toute autre action. Reprenons les diverses hypothèses prévues par les jurisconsultes. Le principe général en notre matière est celui-ci, l'action *in factum* est accordée pour obtenir réparation du préjudice causé par une inhumation illicite. Par qui cette action est-elle créée? Par le prêteur; et pour qui le prêteur l'a-t-il créée? Parce que le droit civil était insuffisant, et laissait sans protection celui dont l'inhumation violait les droits. Le prêteur n'a fait en cette occasion que remplir sa mission ordinaire, qui consiste à suppléer, à compléter la loi civile. Mais quand la loi civile se suffit à elle-même, quand elle donne à la personne qui se prétend lésée, tous les moyens de faire reconnaître et sanctionner son droit, la mission du prêteur cesse forcément et il ne peut plus être question d'action *in factum*. C'est ce qui arrive dans les hypothèses où Ulpien et Pomponius accordent les actions *erciscundæ familiæ*, *communi dividundo* et *pro socio*, et, d'une manière générale, c'est ce qui arrive, toutes les fois que la violation du droit des tiers peut être assimilée raisonnablement à la violation d'une obligation contractuelle ou quasi contractuelle sanctionnée par une action civile. Prenons la déci-

sion de Pomponius (1). Ce jurisconsulte décide que si l'un des associés a fait une inhumation, les autres associés auront l'action *pro socio*. L'action *in factum* est ici absolument inutile ; car l'inhumation faite au mépris des droits des autres associés peut être considérée comme la violation d'une obligation dérivant du contrat de société.

Un raisonnement de même nature nous permet d'expliquer la solution d'Ulpien (2). L'indivision est assimilée à un quasi contrat (3), et les obligations qu'elle engendre sont sanctionnées par l'action *erciscundæ familiæ*, ou par l'action *communi dividundo*. Notamment ces actions peuvent servir à obtenir des indemnités (4). Elles sont donc suffisantes pour permettre aux copartageants d'obtenir réparation du préjudice causé par l'inhumation. L'action *in factum* est inutile.

Mais cette action retrouve toute son utilité, et, par conséquent sa raison d'être, lorsque l'intéressé n'a pas d'autre action à sa disposition. C'est évidemment dans cette hypothèse que se place la décision de Trébatius et de Labéon rapportée par Ulpien (5). La cessation de l'indivision n'est pas demandée ; au contraire l'état d'indivision persiste. Elle a peut-être été prorogée pour un certain temps, par une convention entre les copropriétaires. Pour ne pas différer

1. Loi 39, livre 17, tit. 2. Dig.

2. Loi 2, § 1. Dig. *De religiosis*.

3. *Institutes* de Justinien. Liv. 3, tit. 27, § 3.

4. *Institutes* Just. Livre 4, titre 17, § 4. Loi 19, Code, livre 3, tit. 36.

5. Loi 6, § 6. Livre 10, tit. 3. Dig.

la réparation du préjudice, à l'époque éloignée, où l'indivision prendra fin, on accorde aux copropriétaires l'action *in factum* qui leur procurera une réparation immédiate (1).

Nous avons ainsi terminé l'étude des conditions expressément exigées par les textes pour qu'une chose puisse devenir une *res religiosa*. Demandons-nous cependant s'il

1. M. Accarias a proposé une autre explication. D'après lui, Ulpien, en reproduisant l'opinion de Trébatius et de Labéon n'exprimerait pas son opinion personnelle. L'opinion d'Ulpien serait contenue dans le texte inséré au titre *De religiosis*, et si Ulpien accorde l'action *erciscundæ familiæ* ou *communi dividundo* au lieu de l'action *in factum*, c'est que les termes de l'Édit s'opposent à la délivrance de l'action *in factum*. L'édit suppose une inhumation faite *in locum alterum*. Or, on ne peut pas dire ici que l'inhumation faite par un copropriétaire a été faite par un non propriétaire. Donc, pas d'action *in factum*. *Précis de droit Romain*, tome I, p. 413, en note. 1^{re} édition.

Nous ne saurions admettre cette explication et voici pourquoi : M. Accarias admet que les solutions de Labéon et d'Ulpien interviennent dans la même hypothèse, celle où le partage est demandé par l'une des actions établies à cet effet. Mais, alors, que décider dans le cas où le partage n'est pas demandé et ne le sera peut-être pas avant longtemps ? M. Accarias est amené forcément à donner aux *socii* une action *in factum utile*. Car il est évident, que soit que l'on demande le partage, soit qu'on ne le demande pas, l'inhumation faite par le *socius* ne répond pas à la lettre de l'Édit. Le *socius* n'est point *non dominus*. S'il en est ainsi, comment se fait-il que pas un texte ne parle de cette action utile ? Cette dernière hypothèse aurait donc passé inaperçue aux yeux des jurisconsultes. Ce serait bien étonnant, surtout, en présence de la loi 7 § 1, Dig., *De religiosis*, qui donne une action *in factum utile*, lorsque l'inhumation a été faite dans une *arca lapidea*. Il faut donc revenir à l'explication que nous avons donnée. Les décisions de Labéon et d'Ulpien sont données dans des espèces différentes. Labéon suppose que l'indivision continue, Ulpien suppose au contraire qu'elle prend fin. Nous avons aussi le double avantage de concilier les deux textes d'une manière raisonnable, et de ne pas créer dans les textes une lacune inexplicable.

n'y a pas d'autres conditions, et si par exemple, il ne faut pas, pour que le sépulcre soit religieux, que la personne ensevelie ait eu le droit d'être enterrée, en d'autres termes, recherchons, si le sépulcre des individus que la loi défend d'ensevelir, sont des *res religioisæ*. Nous avons sur ce point un texte d'un historien nommé Ælien, qui vivait sous le règne d'Héliogabale : ce passage pourrait faire croire que le sépulcre des suppliciés n'était pas *res religiosa*. Voici en effet ce qu'il dit (je cite le fragment en latin) (1). *Ne in morte quidem seclerosis hominibus aliquid lueri propositum est, quoniam neque tunc possunt quiescere. Sed aut prorsus destituantur, aut quamvis sepeliantur, tamen supremum honorem et communem omnium corporum portum amittunt.* Ce passage d'Ælien est pour nous dénué de toute autorité et il ne saurait servir de base à une solution en présence du silence des textes.

Toutes les conditions exigées par la loi étant remplies ce qui devient religieux, ce n'est pas le fonds tout entier, mais seulement la partie du fonds où le cadavre a été déposé (2). Un texte nous indique que le *cælum* doit être considéré comme faisant partie du sépulcre (3).

Une même personne ne peut avoir qu'un seul sépulcre ayant le caractère de *res religiosa*. Si donc on suppose qu'en fait le cadavre a été déchiré en plusieurs parties, par

1. Ælien. *Variæ historiæ*. Livre 4, chap. 7.

2. Loi 43, Dig. Livre 6, tit. I. Loi, 2, § 5. *De religiosis quatenus corpus humatum est.*

3. Loi 22, § 4. Dig. Livre 43, tit. 24.

exemple, que la tête et les membres aient été séparés du tronc et que chacune de ces parties ait reçu une inhumation distincte, demandons-nous quel sera parmi ces sépultures celui qui sera *res religiosa*. Le jurisconsulte Paul assigne ce caractère à celui où la tête du défunt a été inhumée (1).

Comment les choses religieuses perdent-elles ce caractère ? Elles le perdent par l'exhumation du cadavre faite avec l'autorisation des Pontifes, de l'Empereur (2) ; elles le perdent aussi, lorsqu'elles tombent au pouvoir des ennemis. Mais il y a pour elles dans ce cas, *jus postliminii*, et après la cessation de l'occupation elles recouvrent leur caractère religieux (3).

§ 2. — *De la condition juridique des res religiosas. —
Du jus sepulcri.*

Nous avons vu comment une chose peut devenir *religiosa*. Etudions-en maintenant la condition juridique.

Pour bien comprendre la théorie que nous allons exposer, il faut se pénétrer de cette idée que les *res religiosas* relèvent à la fois du domaine de la religion et du domaine de la loi civile. L'une et l'autre élèvent des prétentions égales sur les *res religiosas*, le conflit de ces prétentions s'est résolu par une sorte de transaction qui domine toute

1. Loi 44. Dig. *De religiosis*.

2. Loi 1, Code, *De relig.* Loi 14. Loi 8, Princ. Dig. *De religiosis*.

3. Loi 36. Digeste. *De religiosis*.

notre matière. Au nom de la religion, les sépulcres ont été placés *extra commercium*, hors des atteintes des conventions humaines ; au nom de la loi, un droit particulier appelé *jus sepulcri* a été établi et reconnu sur les sépulcres.

Etudions d'abord le caractère *extra commercium* des sépulcres. Nous étudierons ensuite le *jus sepulcri*.

Les *res religiosæ* ne peuvent faire l'objet d'un droit de propriété proprement dit (1). Rappelons la définition de Gaius. Les *res religiosæ* sont celles qui ont été abandonnées aux Dieux Mânes, *relictæ Diu Manibus*. Le vivant s'est dessaisi, pour ainsi dire au profit du mort, de la portion de terrain dans laquelle ce dernier a été enseveli. Il y a eu une sorte d'aliénation dans laquelle le mort a joué le rôle d'acquéreur. C'est lui qui est propriétaire du sépulcre.

Puisqu'il n'y a pas de droit de propriété, il n'y a pas non plus d'action en revendication (2).

L'action en revendication est remplacée dans une hypothèse particulière, celle où des objets faisaient partie du sépulcre ont été soustraits, par une action *in factum extra ordinem* (3). Cette action a le même but, et produit les mêmes effets que l'action en revendication.

Les sépulcres étant placés *extra commercium* sont inaliénables : ils ne peuvent faire l'objet ni d'une vente, ni d'une donation, ni d'un legs (4), ni d'un partage.

1. Nous trouvons cependant l'expression *acquirere sepulcrum*. Loi 6. Dig. *De relig.*

2. Loi 23, § 1. Loi 43. Dig. Livre 6, tit. 1.

3. Loi 43, *ibid.*

4. Loi 22. Dig. Livre 18, Tit. 1. Loi 14, Code. Livre 6, titre 37.

Ils ne peuvent être non plus grevés d'une servitude (1).

Il est évident que quand nous disons que les *res religiosæ* sont inaliénables, nous ne parlons pas du fonds tout entier ; le sépulcre seul est inaliénable, le fonds peut être aliéné.

La conséquence de l'inaliénabilité des *res religiosæ* est l'imprescriptibilité.

Passons maintenant à l'étude du *jus sepulcri*.

Le *jus sepulcri* s'analyse en deux droits distincts, le *jus inferendi* et le *jus inferri*.

Le *jus inferendi* est le droit d'enterrer un mort dans un sépulcre déterminé, le *jus inferri* est le droit qu'a une personne d'être enterrée dans un sépulcre.

Le *jus sepulcri* nous apparaît comme une sorte de droit de propriété spécial au sépulcre.

Il convient, pour éviter toute confusion, de le distinguer avec le plus grand soin du droit de faire d'une chose une *res religiosa*.

Le *jus sepulcri* est inaliénable.

Certaines conventions relatives au *jus sepulcri* sont cependant permises.

Ainsi le propriétaire d'un fonds où se trouve un sépulcre vient à vendre ce fonds, le *jus sepulcri* ne passe pas à l'acheteur. On permet au vendeur, par une clause insérée dans le contrat de vente, de se réserver le *jus sepulcri* (2). Cette clause lui donne le droit d'exiger de son

1. Loi 14, § 2. Dig., livre 8, tit. 1. Loi 22, § 4. Dig., livre 43, tit. 24.

2. Loi 10, Dig. *De relig.* Loi 5, Dig., livre 47, tit. 12.

acheteur un droit de passage sur ce fonds pour se rendre au sépulcre. Le texte qui donne ce droit au vendeur n'indique pas la nature de l'action par laquelle il réclamera le passage ; mais un autre texte nous permet de (1) combler cette lacune. Le vendeur agira par une action *extra ordinem*.

Nous rencontrons encore un autre exemple de convention permise relativement au *jus sepulcri*. On suppose que le vendeur d'un fonds où se trouve un sépulcre veut se réserver le droit d'y enterrer des morts par un pacte ajouté à la vente. La loi romaine valide cette convention, mais à une condition cependant, c'est qu'elle soit faite dans les formes de la stipulation (2). Comment justifier cette exigence ? La vente est un contrat de bonne foi ; le juge appelé à connaître des contestations relatives aux obligations qui en résultent statuera *ex æquo et bono*. Il recherchera quelle a été l'intention des parties et quel peut être leur intérêt à l'exécution de l'obligation sur laquelle roule le procès qui lui est soumis. Le juge ne peut tenir compte que d'un intérêt sérieux et certain. Or on se demande quel peut être l'intérêt de l'acheteur à empêcher le vendeur d'exercer le *jus sepulcri*. Il n'y a aucun intérêt sérieux. Le juge ne pourra donc pas, en équité, mentionner la prétention du vendeur. Si au contraire on fait une stipulation, le juge n'a plus à rechercher l'intention des parties ni la nature de l'intérêt qui les porte à agir ; il est lié par les *verba*, et il donnera raison au vendeur.

1. Loi 12, Princ. Dig. *De relig.*

2. Loi 44, Dig. *De relig.*

Justinien admet en principe qu'une convention ajoutée à un contrat de bonne foi sera obligatoire au même titre que pourrait l'être une stipulation. La décision donnée tout à l'heure n'est donc plus vraie dans le droit de Justinien ; et une simple convention ajoutée à la vente suffira pour enlever au vendeur le *jus sepulcri* (1).

Voilà donc deux conventions concernant le *jus sepulcri* reconnues et sanctionnées par la loi Romaine. Mais elles ne constituent pas, comme on pourrait le croire, des exceptions à la règle générale que le *jus sepulcri* est *extra commercium*. Car remarquons-le, nos deux conventions n'ont pas pour objet d'aliéner, de transmettre le *jus sepulcri*. Ce ne sont pas des actes de disposition. Elles ont uniquement pour objet l'une de conserver dans la personne du titulaire originaire, le *jus sepulcri*, l'autre de l'éteindre purement et simplement. Notre principe ne s'opposait donc pas à la validité de ces deux conventions.

La conséquence de l'inaliénabilité du *jus sepulcri* est l'imprescriptibilité de ce même droit. C'est ce qui est décidé par la loi 4 au titre de *mortuo inferendo* au Digeste. Je reproduis intégralement ce texte. *Longa possessione jus sepulcri non tribui ei, cui jure non competit*. Cette loi est formelle. Les termes dont elle se sert sont parfaitement clairs. Elle suppose qu'en fait une personne a enterré pendant un certain temps plusieurs morts dans un sépulcre déterminé, qu'en un mot une personne a possédé le sépul-

1. Loi 9, Code, livre 4, tit. 54.

cre pendant le temps qui serait suffisant, s'il s'agissait d'une chose autre qu'une *res religiosa*, pour qu'elle pût invoquer la *prescriptio longi temporis*. Pourra-t-elle prétendre avoir acquis le *jus sepulcri* par la prescription *longi temporis*? Non, répond la loi. Tout cela, répétons-le, paraît d'une clarté qui ne laisse le champ ouvert à aucune autre interprétation.

Cette interprétation n'a cependant pas été admise par tous les auteurs, le président Favre en a proposé une autre, vraiment imprévue (1). D'après lui, la loi 4 *de mortuo inferendo*, signifierait que la personne qui a acquis un fonds par la *præscriptio longi temporis*, n'acquiert jamais le droit d'inhumation dans ce fonds, c'est-à-dire le droit d'y élever un sépulcre, de faire de ce fonds une *res religiosa*. Pour avoir ce droit, il faut être investi du *dominium ex jure quiritum*. Celui qui acquiert la propriété par l'usucapion peut construire un sépulcre, celui qui ne peut invoquer que la prescription, ne le peut pas. D'ailleurs Fabre reconnaît que cette distinction entre l'usucapion et la *possessio longi temporis* n'existe que dans le droit classique. Sous Justinien elle a disparu, comme conséquence de la fusion opérée par ce prince entre l'usucapion et la prescription.

Nous ne saurions admettre l'interprétation de Fabre :

1° Elle est trop péniblement et trop laborieusement échaffaudée en présence d'un texte aussi clair, aussi formel que le texte de notre loi.

1. Fabre, dans ses *Rationalia* sur notre titre et sur notre loi.

2° Elle fausse complètement le sens ordinaire de l'expression *jus sepulcri*. Le *jus sepulcri*, comme nous l'avons dit déjà, désigne l'ensemble des droits qu'on peut avoir sur un sépulcre et ces droits se réduisent à deux : le *jus inferri* et le *jus inferendi*. C'est le sens qui est donné à l'expression *jus sepulcri* dans tous les textes où elle est employée. Fabre lui donne une signification nouvelle que rien ne justifie, c'est le droit d'inhumation sur un fonds jusqu'alors profane, dans un *locus purus*, comme disent les jurisconsultes. C'est le droit de bâtir un sépulcre et de faire d'une chose une *res religiosa*. Nous avons indiqué, il n'y a qu'un instant, qu'il fallait bien se garder de confondre le *jus sepulcri*, avec le droit d'inhumation considéré en lui-même et s'exerçant sur un *locus purus*. Fabre n'a pas su se garder de cette confusion : c'est là, en même temps que la condamnation de son système, l'explication de l'erreur, dans laquelle il est tombé.

3° L'opinion de Fabre serait en désaccord avec la décision donnée par Gaius relativement aux sépulcres élevés sur les fonds provinciaux. Gaius nous dit que ces sépulcres ne seront pas religieux, mais seront (1) considérés comme religieux. Dans le fonds c'est absolument la même chose. Le propriétaire d'un fonds provincial pourrait donc construire un sépulcre ; celui qui ne peut invoquer que la *possessio longi temporis* ne le pourrait pas. Il y aurait là une antimonie inexplicable.

1. Gaius, 2^e, § 7.

4° Il faudrait supposer chez les jurisconsultes romains, une incohérence qui n'est pas dans leurs habitudes. Toutes leurs décisions relatives à l'inaliénabilité donnent à l'expression *jus sepulcri* le sens restreint que nous lui avons donné ; et, quand il s'agirait de l'imprescriptibilité, le sens ordinaire de *jus sepulcri* changerait brusquement et nous nous trouverions en présence d'un droit nouveau, le droit de transformer une chose en *res religiosa*. Toutes ces raisons doivent nous faire repousser l'interprétation proposée par Fabre.

La décision de la loi 4, au titre *mortuo inferendo* au Digeste est en contradiction avec une constitution impériale insérée au Code. Cette constitution (1) déclare que le *jus sepulcri* peut être acquis par la *prescriptio longi temporis*. Nous ne pouvons que constater la contradiction et avouer l'impossibilité de l'expliquer. Peut-être le fragment d'Ulpien, inséré au Digeste, nous indique-t-il l'état du droit classique, et la constitution insérée au Code nous fait-elle connaître le droit du Bas-Empire ? Cette conjecture est vraisemblable, mais ce n'est qu'une conjecture et en présence des textes nous ne pouvons pas être affirmatif (2).

Mais de ce que le *jus sepulcri* est inaliénable, il ne faut pas en conclure qu'il échappe d'une manière absolue à la

1. Loi 6. Code, livre 3, tit. 44.

2. D'après les *Basiliques*, la possession prolongée ne peut faire acquérir le *jus sepulcri*. *In sepulcris duitina possessio non prodest ei qui nullum jus habet.*

volonté du propriétaire. Ce serait une erreur. Le propriétaire peut transmettre le *jus sepulcri* à ceux qu'il lui plaît de choisir, pourvu que ce soit par acte de dernière volonté. Donc, le principe de l'inaliénabilité du *jus sepulcri*, n'empêche que les actes de dispositions entre-vifs, il autorise la disposition par testament ou par codicille (1).

De plus celui qui construit un sépulcre, peut au moment où il le construit, par une simple inscription, se réserver le sépulcre à lui seul, ou l'affecter à la sépulture des membres de sa famille ou de ses héritiers. Il est inutile de dire que cette destination peut être changée par testament, si le propriétaire le juge convenable.

C'est ici le lieu d'étudier la transmissibilité du *jus sepulcri* en ce qui concerne les *sepulcra familiaria* et les *sepulcra hereditaria*. Nous savons, au moins sommairement, ce que sont les *sepulcra hereditaria* et les *sepulcra familiaria*. Nous allons compléter les notions trop brèves que nous avons données dans la partie de cette étude consacrée aux diverses espèces de sépulcres.

Les sépulcres de famille sont ceux qui sont destinés à la sépulture des membres d'une même famille (2).

Les sépulcres héréditaires sont ceux qui sont destinés aux héritiers ou qui sont acquis par une personne en qualité d'héritier (3).

Une distinction très nette est donc établie entre les *sepul-*

1. Loi 14. Code, *De legatis*.

2. Loi 5. Dig. *De relig.*

3. Loi 5 et 6. *Ibid.*

cra hereditaria et familiaria ; les uns sont pour les parents, les autres pour les héritiers ; et il est à peine besoin de dire que si les qualités de parents et d'héritiers se rencontrent souvent dans la même personne, il n'en est pas toujours ainsi.

Mais cette distinction paraît supprimée par les décisions contenues dans la suite du texte, décisions par lesquelles on reconnaît aux héritiers, aux successeurs le *jus sepulcri* dans les *sepulcra familiaria*. Il n'en est rien, et la distinction subsiste toujours. Les *sepulcra hereditaria* n'appartiennent qu'aux héritiers, les *sepulcra familiaria* sont ouverts à la fois aux membres de la famille et aux héritiers (1).

Étudions la transmission du *jus sepulcri* aux parents et aux héritiers. Pour cela, nous faisons remarquer qu'il est inutile de consacrer des développements spéciaux aux *sepulcra hereditaria*, et que l'étude des *sepulcra familiaria*, est parfaitement suffisante, puisque les héritiers ont l'accès des *sepulcra familiaria*.

A quelles personnes appartient le *jus sepulcri* dans les *sepulcra familiaria* ? A cette question nous avons répondu déjà d'une manière générale en disant que ce droit appartient aux parents et aux héritiers. Quelles personnes sont comprises dans ces expressions : parents et héritiers ?

Les parents sont les *liberi* et eux seuls (2), c'est-à-

1. Loi 6. *Ibid.*

2. Loi 6, Dig. *De religiosis*.

dire les descendants (1) quels que soient leur degré, leur sexe, qu'ils aient fait adition d'hérédité ou qu'ils aient usé du *jus abstinendi*. Les cognats ne sont pas investis du *jus sepulcri* dans les *sepulcra familiaria*, s'ils ne sont pas institués héritiers (2).

La vocation aux *sepulcra familiaria* repose uniquement sur les liens du sang et non pas sur la parenté civile, sur l'agnation, en sorte que si l'agnation vient à être rompue par exemple, par une émancipation, le *jus sepulcri* n'est pas pour cela perdu. La loi romaine reconnaît formellement que l'émancipé peut être enterré dans les *sepulcra familiaria* (3).

Le *jus sepulcri* appartient même aux descendants *exheredes*, c'est tout naturel ; leur qualité de parent subsiste malgré l'exhérédation, et l'exhérédation n'implique pas nécessairement un sentiment défavorable du défunt pour l'exhéréhé. Le testateur peut cependant, par une disposition, enlever à l'exhéréhé, le *jus sepulcri* ; mais les textes exigent une condition, c'est qu'il ait un grief légitime, il faut que le testateur soit *justa odio commotus*. Si le testateur avait agi sans motifs sérieux l'exhéréhé pourrait se plaindre et faire annuler la disposition qui le prive du *jus sepulcri* (4).

1. Loi 220. Livre 50, tit. 16.

2. Loi 8, *De religiosis*, Code.

3. et 4. Loi 6, Digeste. *De religiosis*.

4. Les règles de la dévolution des *jura sepulcri* présentent de très grandes analogies avec les règles de la dévolution des *jura patronatus*. Ces droits ne sont pas attachés à la qualité d'héritiers, mais à celle de des-

Les *sepulcra familiaria* ne sont pas ouverts aux affranchis ni à leurs descendants, et cela, lors même que l'inscription *sibi libertis que suis* indiquerait que le sépulcre a été construit pour les affranchis. Ils n'ont le *jus sepulcri* qu'autant qu'ils sont héritiers. C'est l'opinion de Papinien. Le texte qui reproduit la décision du grand jurisconsulte, nous indique qu'il y avait eu de nombreux procès sur ce point, car il dit : *sapissime constitutum est*. Remarquons que cette solution est très juste : une simple inscription ne saurait avoir l'effet d'un legs ou d'une institution d'héritier (1).

Les héritiers qui ont le *jus sepulcri* dans les *sepulcra familiaria*, et à plus forte raison dans les *sepulcra hereditaria* sont les héritiers du droit civil aussi bien que ceux du droit prétorien, les successeurs quelconques, quelle que soit la part qui leur revienne dans le patrimoine du défunt.

La base du droit de ces héritiers c'est le choix du défunt, et non pas le caractère universel de l'acquisition. Aussi le *fidei commissare* n'acquiert pas le *jus sepulcri*. Il reste aux mains de l'héritier qui a restitué l'hérédité en vertu du sénatus-consulte Trébellien (2). A plus raison ne passe-t-il pas à l'acheteur d'une hérédité.

Le défunt peut assigner à chacun de ses héritiers telle

cendants. Une application très intéressante de ce principe est faite dans la loi 4. Dig., liv. 37, tit. 14.

1. Loi 6, Dig. *De relig.*

2. Loi 42 § 1, Livre 36, tit. 1.

ou telle partie du sépulcre comme le prouve un grand nombre d'inscriptions notamment celle-ci (1) :

CVRTIA. C. L. PRIAPIS.
CVI. PARS. DIMIDIA. HVJVS.
MONIMENTI. CONCESSA. EST. AB.
C. MAECENATE. HELIO. SIBI. ET.
P. CVRTIO. SP. F. COL.
MAXIMO. FILIO. ET.
T. JULIO. AVG. L. GLUCONI.
ET. SUIS. POSTERIS. QVE. EORVM.

Mais les parents et les héritiers n'avaient pas le même droit. Chacun d'eux avait le droit d'être enterré dans le sépulcre et avait le droit d'y enterrer. Il leur était interdit de procéder au partage du sépulcre. C'est une conséquence du caractère inaliénable du *jus sepulcri*. Ils ne pouvaient être partagés, parce que à la différence des autres choses composant le patrimoine, ils ne pouvaient être dans l'indivision. Le texte qui défend de procéder au partage du sépulcre est une constitution insérée au code. Voici le passage relatif au partage : *Sed si familiare fuit, jus ejus ad omnes heredes pertinere, nec ad unum heredem divisione redigi potuisse* (2). Les héritiers ne peuvent pas renoncer au *jus sepulcri* au profit de l'un d'entre eux. Cette conséquence paraît être en contradiction avec la décision d'une loi que nous connaissons déjà et qui permet au vendeur

1. Kirchman. Livre 3, chap. 14, p. 378.

2. Loi 4. Code *De relig.*

d'un fonds où se trouve un sépulcre, de renoncer au *jus sepulcri* (1). Pourquoi la renonciation est-elle valable en cas de vente, nulle, en cas de partage ? Est-ce que la vente et le partage ne sont pas tous les deux, des actes d'aliénation ? Dira-t-on que c'est parce que, lors du partage, le cohéritier renonçant recevra en fait, le paiement de sa renonciation ? Mais on pourrait dire la même chose du vendeur ; car il est certain que le prix sera d'autant plus élevé, que la renonciation du vendeur aux droits qu'il a sur la chose vendue sera plus complète. Il semble donc, je le répète, qu'il y ait là une contradiction. Il n'en est rien cependant. Analysons en effet les conséquences des deux renonciations du vendeur et des héritiers. La renonciation du vendeur ne confère sur le sépulcre aucun droit à l'acheteur, ce n'est pas un acte de disposition, elle est purement extinctive du *jus sepulcri*. Elle ne saurait donc être prohibée. Si nous considérons au contraire la nature de la renonciation des héritiers au profit de l'un d'entre eux, nous voyons, que, rémunérée ou non, cette renonciation n'est pas simplement extinctive. Elle constitue un acte de disposition du *jus sepulcri* ; elle est attributive, elle devait donc être défendue.

1. Loi 11. Dig. *De relig.*

CHAPITRE III

DES LOIS TENDANT A LA PROTECTION DU DROIT DE CONSTRUIRE UN SÉPULCRE ET DU JUS SEPULCRI

Après avoir étudié le droit d'inhumation considéré en lui-même, c'est-à-dire le droit de bâtir un sépulcre ; après avoir déterminé les règles particulières du *jus sepulcri*, recherchons maintenant de quelle manière l'exercice de ces droits était assuré.

Tout propriétaire a le droit d'élever un sépulcre sur son fonds, tout propriétaire d'un sépulcre a le droit de le réparer.

Ces deux droits sont protégés par l'interdit de *sepulcro ædificando vel reficiendo*.

Toute personne investie du *jus sepulcri* et, d'une manière plus générale, toute personne a le droit d'inhumer ses morts. L'exercice de ce droit est assuré par l'interdit de *mortuo inferendo* et aussi par une action *in factum*.

Nous sommes donc naturellement amené à diviser nos explications en deux sections :

La première sera consacrée à l'interdit de *sepulcro ædificando vel reficiendo*.

La seconde comprendra l'étude de l'interdit de *mortuo inferendo* et de l'action *in factum*.

Dans une troisième section nous parlerons d'une espèce de servitude légale établie au profit du propriétaire d'un sépulcre.

SECTION I

De l'interdit de sepulcro redificando vel redificando

Je veux construire un sépulcre sur mon fonds ; toutes les conditions requises par les lois sont remplies. Un tiers m'empêche d'user de mon droit, et s'oppose à la construction du sépulcre.

Un sépulcre qui m'appartient a besoin de réparations, un tiers m'empêche de les faire. Dans ces deux hypothèses je m'adresserai au prêteur pour faire cesser la prohibition et assurer l'exercice de mon droit. Le prêteur délivrera un interdit (1).

Pour que l'interdit soit délivré il faut qu'il y ait prohibition. Dans quels cas y aura-t-il prohibition ?

Il est assez difficile de donner une formule générale comprenant tous les faits de prohibition ; mais on peut dire, que la prohibition consiste en actes qui ont pour effet d'entraver ou de rendre plus difficile la construction ou la réparation d'un sépulcre.

Ainsi un tiers arrête un convoi portant des matériaux destinés au sépulcre, il y a prohibition ; vous empêchez,

1. Loi 1, § 6. 11, 8, Dig.

les architectes, les ouvriers chargés de construire le sépulcre, de se rendre à leur chantier, il y a prohibition (1).

Votre fonds est grevé d'une servitude qui me permet d'y élever une machine pour faciliter les travaux que je pourrai faire sur mon fonds, vous vous opposez à l'élévation de cette machine, il y a encore prohibition (2).

La prohibition doit en outre être illicite, il est évident que, si celui qui s'oppose à la construction ou à la réparation du sépulcre, a le droit de s'y opposer il ne saurait être question de délivrer l'interdit. Il y a encore prohibition dans le fait de celui qui démolit un sépulcre. L'interdit sera délivré en concours avec l'action *de sepulcro violato* (3).

Entre la construction et la réparation d'un sépulcre, il n'est pas fait de différence au point de vue de la délivrance de l'interdit. Il y a cependant entre l'hypothèse de la construction et celle de la réparation une différence considérable ! l'autorisation du collège des Pontifes n'est pas exigée pour la construction d'un sépulcre ; elle est requise pour la réparation (4).

1. Loi 1, § 8.

2. *Ibid.*

3. Loi 1, § 10. *De mort. infer.* Digeste

4. Loi 5, § 1. *Ibid.*

SECTION II

De l'Interdit de mortuo inferendo.

Cet interdit tend à la protection de *jus inferendi* ; c'est un moyen de faire cesser les empêchements apportés par des tiers à l'exercice de ce droit. On ne fait, pour l'application de cet interdit, aucune différence entre l'inhumation dans un lieu déjà religieux et l'inhumation initiale qui donnera à un fonds le caractère de *res religiosa*.

A quelles conditions cet interdit sera-t-il délivré ?

Il faut qu'il y ait prohibition (1). La prohibition consistera, par exemple, dans le fait de barrer l'accès du sépulcre, dans le fait de s'opposer à l'exercice d'un droit de passage (2).

Le fait de séquestrer un cadavre, de retarder l'ensevelissement, de s'opposer au transport d'un mort sur la voie publique (3), tous ces faits constituent la prohibition donnant droit à la délivrance de l'interdit.

A quelles personnes l'interdit sera-t-il délivré ?

La réponse est toute faite. Elle résulte des explications que nous venons de donner. L'interdit sera accordé à toute personne qui, ayant le *jus inferendi*, ne peut exercer ce droit par le fait d'un tiers.

1. Loi 1, Princ. *Ibid.*

2. Loi I, § 1 et 3.

3. Loi 38, Dig. *De relig.* Loi 3, § 4. Dig., Livre 47, tit. 12.

L'interdit de *mortuo inferendo* est accordé (c'est là une particularité bien remarquable) à des personnes qui n'ont pas le droit de rendre une chose *religiosa* (1). Par exemple, le propriétaire d'un fonds grevé d'usufruit, le copropriétaire d'un fonds n'ont pas le droit de bâtir un sépulcre sur le fonds grevé d'usufruit ou possédé par indivis, ils ne peuvent donner à ce fonds le caractère de *res religiosa*. Ils pourront cependant, si l'usufruitier s'oppose à l'inhumation, demander l'interdit de *mortuo inferendo*. La loi romaine établit donc une différence, entre le *jus inferendi* et le droit de faire une chose *res religiosa*. Elle accorde le premier à une personne à laquelle elle refuse le second. Il y a là une injustice, et presque une absurdité. Car, à quoi bon refuser à une personne, le droit de rendre un fonds religieux, et lui laisser l'exercice de ce droit ? Le *jus inferendi* et le droit de construire un sépulcre ne vont pas l'un sans l'autre ; on ne comprendrait pas plus qu'une personne puisse construire un sépulcre, sans avoir le droit d'y enterrer ses morts, que l'on ne comprend qu'une personne privée du droit de construire un sépulcre sur un fonds, puisse enterrer un mort sur ce même fonds. Si nous considérons en outre qu'après l'inhumation, l'usufruitier, le copropriétaire lésés auront le droit d'exercer l'action *in factum* pour se faire indemniser, on ne conçoit pas comment ils n'auront pas le droit de s'opposer à la réalisation d'un préjudice dont ils pourront immédiatement demander réparation. Les

1. Loi 43. Dig. *De religiosis*.

jurisconsultes romains avaient fait tous ces raisonnements et c'est en connaissance de cause qu'ils accordaient au nu propriétaire l'interdit de *mortuo inferendo*. Voici le texte de notre loi avec les motifs qui l'ont inspirée : *Propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus : quæ non numquam in ambiguis religionum questionibus omitti solet : nam summam esse rationem, quæ pro religione facit (1)*.

Telles sont les raisons qui ont dicté la solution du jurisconsulte Paul. Que va-t-il arriver si l'on s'en tient aux principes absolus ? Le mort ne sera pas enseveli ; on retardera le moment où son âme jouira du repos et du bonheur auxquels elle a droit, et cela pour assurer le respect d'un droit, dont la violation, en somme, ne causera pas un bien grand préjudice. La religion et le droit sont en présence, ou plutôt deux droits sont en présence : le droit des vivants et celui des morts. La religion doit primer le droit, *strictam rationem insuper habemus*, dit Paul, le droit des vivants passe après celui des morts.

Ajoutons que le droit de l'usufruitier n'est pas laissé sans protection ; il a la ressource de l'action *in factum* pour obtenir une indemnité.

L'interdit de *mortuo inferendo* comme l'interdit de *sepulcro ædificando*, est un interdit prohibitif (2) et ils sont tous les deux de la classe des interdits dont les textes

1. Loi 43. Dig. *De religiosis*.

2. Loi 1, § 4. Dig. *De mortuo inf.*

disent, *que continent causam proprietatis on velut causam proprietatis* (1), ce qui signifie, on le sait, que le juge de l'interdit statuera sur le fond du droit. Le demandeur sera donc obligé, pour triompher, de prouver l'existence de son droit ; faute de fournir cette preuve il succombera. L'interdit de *mortuo inferendo* ne constitue pas l'unique mode de protection du *jus inferendi*.

D'abord, certains faits de prohibition pourront tomber sous le coup de la loi *Julia de vi publica*, par exemple les actes de violence exercés sur une personne pour l'empêcher d'enterrer un mort (2).

Mais ce ne sont là que des voies de recours exceptionnelles.

A côté de l'interdit et pour le suppléer, au choix de l'intéressé, le prêteur a créé une action *in factum*. La personne qui est empêchée d'enterrer un mort a donc à sa disposition deux moyens différents d'obtenir satisfaction. Elle peut, si elle le veut, agir par la voie de l'interdit pour faire cesser la prohibition ; ou bien, elle peut s'arrêter devant la violence qui lui est faite, aller enterrer le mort dans un autre fonds, revenir ensuite contre le tiers et lui demander réparation du préjudice causé, par l'action *in factum* (3).

Pour apprécier le préjudice, le juge tiendra compte de toutes les dépenses que le demandeur aura été obligé de

1. Loi 2, § 2. Dig. Livre 43, tit. 1.

2. Loi 5. Princ. Livre 48, tit. 6. Loi 8, liv. 47, tit. 12.

3. Loi 9, Dig. *De religiosis*.

faire, le prix du terrain acheté pour ensevelir le mort, les frais occasionnés par le transport du cadavre. L'indemnité sera donc complète.

Cette action se présente à nous comme *rei persecutoria*, comme reposant sur un intérêt exclusivement pécuniaire. Elle devrait donc, comme telle, être transmissible aux héritiers, elle devrait aussi être donnée contre les héritiers. Il n'en est rien. Une loi insérée au Digeste décide qu'elle ne passe pas aux héritiers, et qu'elle ne peut être exercée que contre l'auteur de la prohibition (1). Gaius, qui reproduit cette solution, sans l'approuver, s'étonne qu'elle ait pu être admise. *Unde valde miror*, dit Gaius, *quare constare videatur neque heredi neque in heredem dandom hanc actionem : nam, ut apparet, pecuniariæ quantitates ratio in eam deducitur*. Pour ces motifs, Gaius en fait une action perpétuelle et transmissible aux héritiers et contre les héritiers.

Il y avait donc une controverse sur la nature de notre action et une controverse sérieuse, puisque Gaius nous la rapporte.

D'après Accurse (2) au contraire, la controverse n'aurait pas été sérieuse, bien plus, elle n'aurait même pas existé. L'opinion qui considérait l'action *in factum* comme intrasmissible était une opinion sans fondement. Elle n'était soutenue que par les ignorants. Elle n'avait aucune va-

1. *Ibid.*

2. *Accurse* sur notre loi. Grande glose.

leur juridique. Telle est l'interprétation d'Accurse, qui annote ainsi notre loi au Digeste, en ajoutant après les mots *constare videatur*, le mot *imperitis*. A l'appui de cette interprétation, Accurse, invoque un texte, la loi 31 § I qui (1) décide que l'action *in factum* est perpétuelle et transmissible. En présence de ce texte si formel il ne saurait y avoir de doute. Aucune controverse n'a pu exister sur la nature de l'action *in factum* et c'est sans doute par un scrupule d'exactitude, assurément exagéré, que Gaius nous a fait connaître l'opinion des ignorants.

Cette explication donnée par Accurse est inadmissible. Il est peu probable que Gaius ait fait l'honneur d'une contradiction, si légère soit-elle, à une opinion exprimée par de prétendus jurisconsultes. Le texte de Gaius prouve jusqu'à l'évidence, qu'il y avait sur la nature de l'action *in factum*, un dissentiment profond entre les jurisconsultes, et les expressions mêmes qu'il emploie, prouvent que l'opinion contraire à la sienne passait pour la plus juridique et était la plus générale. D'autre part, l'argument tiré par Accurse de la loi 31 § I, est absolument sans valeur, car cette loi ne vise pas notre action *in factum*, mais une autre action *in factum*, que nous connaissons déjà sous le nom d'action *funeraria*.

Il faut donc abandonner complètement l'opinion d'Accurse, et chercher à expliquer la controverse, puisqu'il est évident maintenant qu'il y a controverse.

1. Dig. *De religiosis*.

Nous connaissons les raisons pour lesquelles notre action *in factum* devrait être perpétuelle et transmissible.

Recherchons quelles peuvent être les raisons données pour soutenir l'opinion que cette action ne devait être ni perpétuelle ni transmissible.

Cujas (1) déclare qu'il ne faut pas entreprendre de justifier cette solution. Elle existe, voilà tout : l'interprète doit se borner à la constater. Le jurisconsulte Julien ne nous apprend-il pas, en effet, qu'il y a des solutions juridiques dont il ne faut pas essayer la justification (2). *Non omnium, dit-il, quæ majoribus nostris constituta sunt, ratio reddi potest.* Or la solution rapportée par Gaius est de ce nombre. Elle est inexplicable.

Fabre et Voet n'ont pas pensé comme Cujas, et ils ont entrepris de justifier l'opinion des jurisconsultes romains qui considéraient notre action *in factum* comme intransmissible. Nous devons ajouter qu'ils ont réussi (3).

Voici comment ils raisonnent. Il faut négliger l'intérêt pécuniaire qui d'après Gaius sert de base à notre action. Elle ne tend pas au *quod interest* exclusivement. Son but principal est la punition de l'outrage fait à un cadavre, c'est donc une action donnée, comme disent les textes, *ad ultionem*, c'est une sorte d'action d'injures, et, comme

1. *Observationes*, livre 8, cap. 12.

2. Loi 20. Dig. Livre 1, tit. 3.

3. Fabre. *Rationalia* à notre titre à notre loi. Voët, *ad Pandectus*, livre 11, tit. 8, § 1.

telle, il n'est pas étonnant qu'elle ne soit donnée ni aux héritiers, ni contre les héritiers.

Ainsi se trouve expliquée la controverse que Gaius nous fait connaître. Nous comprenons maintenant pourquoi l'opinion contraire à celle de Gaius avait triomphé en jurisprudence.

SECTION III

Dans cette 3^e section nous allons parler d'un droit particulier accordé au propriétaire d'un sépulcre, d'une sorte de servitude légale établie à son profit. Nous nous bornons sur ce point à des explications très brèves.

Nous savons quels effets étaient attachés à la clause par laquelle un vendeur se réservait un sépulcre qui se trouvait sur le fonds vendu. Cette clause emportait *ipso facto*, réserve au profit du vendeur, d'un droit de passage sur le fonds vendu, pour rendre possible l'accès du sépulcre (1).

La loi romaine allait même plus loin, et accordait au propriétaire d'un sépulcre le droit d'obtenir, moyennant indemnité, un passage sur un fonds voisin, si l'accès du sépulcre était impossible autrement. C'est ce que décida un rescrit d'Antonin (2). Le propriétaire du sépulcre agira

1. Loi 10. Dig. *De religiosis*.

2. Loi 12. Dig. *Ibid.*

extra ordinem. Le magistrat fixera l'indemnité qu'il devra fournir et contraindra le propriétaire du fonds voisin à concéder le droit de passage. Le texte dit que le passage sera demandé à titre précaire, *precario*. Il ne faut pas nous tromper sur la portée de ce mot. Il ne signifie pas que la concession du droit de passage soit précaire et puisse être révoquée par le propriétaire du fonds voisin au gré de son caprice. Une telle interprétation serait absurde, puisqu'alors on se trouverait de nouveau dans les termes du rescrit. On pourrait recommencer le procès pour obtenir le droit de passage, avec la certitude de réussir. Le mot *precario* signifie seulement, que la concession du droit de passage dépend de la situation qui l'a rendue nécessaire, qu'elle subsistera si elle subsiste, qu'il disparaîtra si elle disparaît. Supposons, par exemple, que le propriétaire du sépulcre acquière un fonds voisin de son sépulcre, et que ce fonds lui permette l'accès du sépulcre; le droit de passage n'ayant plus de raison d'être disparaîtra forcément.

CHAPITRE IV

DE LA VIOLATION DES SÉPULCRES

Pour compléter cette étude, il faut exposer les diverses dispositions des lois romaines tendant à la protection directe et immédiate des sépulcres.

Les sépulcres avaient droit à un double titre au respect de tous ; c'étaient en effet des *res religiosæ*, c'étaient de plus des choses susceptibles de droits privés. Violer un sépulcre c'était donc à la fois outrager la religion et violer le droit ; c'était commettre un sacrilège et une injustice. La répression de la violation des sépulcres était assurée par un *crimen publicum sepulcri violati* et par l'action de *sepulcro violato*. Le *judicium publicum* tendait à la punition du fait de violation de sépulcre ; l'action de *sepulcro violato* tendait à la réparation du préjudice causé et aussi à la condamnation à une peine pécuniaire.

§ 1^{er}. — *Faits qui constituent la violation de sépulture.*

Tous ces faits peuvent être rangés dans trois classes distinctes :

Dans la première classe nous comprendrons tous les actes, toutes les entreprises, dirigés contre le sépulcre

considéré comme monument, et n'atteignant pas le cadavre.

Dans la deuxième classe seront placés tous les actes qui atteignent directement le cadavre.

Dans la troisième classe, nous étudierons tous les actes, qui sans présenter en eux-mêmes les caractères constitutifs de violation de sépulture, y sont assimilés par le législateur, quant à leurs conséquences, au point de vue juridique et pénal.

1^{re} Classe. — Actes dirigés contre le sépulcre considéré comme monument.

Ce sera par exemple la démolition, la dégradation d'un sépulcre (1), le renversement d'une colonne ou d'une statue, l'effacement d'une inscription (2). Ce sera aussi le fait de travailler la terre recouvrant un tombeau, *evertere terram* (3).

Nous rencontrons ici un exemple d'un fait constituant la violation de sépulture, bien curieux et tout à fait spécial à la législation romaine ; c'est celui que les textes désignent par l'expression d'*habitatio sepulcri*.

Il faut savoir que les sépulcres étaient souvent habités par des esclaves qui étaient chargés de les garder et de les entretenir en bon état. Au Digeste nous voyons un legs fait à un esclave par un testateur sous cette condition que l'esclave habitera le sépulcre du défunt (4).

1. Loi 4. Code *Sepu. Violato*.

2. *Sentences*, Paul, livre 1, tit. 21, § 8.

3. Loi 5, Code, *Ibid*.

4. Loi 71, § 2. Livre 35, tit. 1, Dig.

Toute *habitatio sepulcri* sans droit était une violation de sépulture (1).

2^e Classe. — Actes qui atteignent directement le cadavre.

Tous ces faits peuvent être compris dans une seule formule : ce sont ceux qui constituent, ce que les textes appellent la *sepulorum corporum vel relliquiarum contrectatio* (2), par exemple, l'exhumation, la mutilation d'un cadavre.

Ce sera aussi le fait de s'approprier un trésor ou des objets précieux enfouis dans un tombeau. Sur ce cas particulier quelques explications sont nécessaires.

L'enterrement de sommes d'argent, de choses précieuses était défendu par les lois (3), et les jurisconsultes autorisaient les héritiers, les légataires à ne pas respecter la volonté des défunts, et à ne tenir aucun compte des dispositions testamentaires qui les chargeaient d'ensevelir avec le mort des sommes d'argent ou des objets précieux (4).

Comme sanction de cette prohibition édictée par les lois, le jurisconsulte Marcien décide que le trésor enfoui dans un sépulcre n'était pas *religiosus* ; et s'il était déterré *non quasi religiosus tollebatur* (5). Comme conséquence de cette idée, l'exhumation du trésor ne tombait pas sous le

1. Loi 3, Princip. § 6, et 11, Dig., *Sepu. viol.*

2. Loi 6, Code *Sepu. viol.*

3. Loi 14, § 5. Dig. *De relig.* Loi 4, § 6, livre 48, tit. 13.

4. Loi 113, § 5. Dig. Livre 30, tit. 1.

5. Loi 4, § 6. Dig., livre 48, tit. 13.

coup de la loi *Julia peculatus*, qui s'appliquait à l'appropriation sans droit de la *pecunia sacra, vel religiosa, vel publica*.

Donc, l'exhumation de la *pecunia* ensevelie avec un cadavre ne constituera pas par elle-même la violation de sépulture. Elle ne deviendra violation de sépulture, que si elle n'a pu s'accomplir sans détériorer le monument ou sans toucher le cadavre.

La *translatio cadaveris* sans l'autorisation des pontifes (1) ou de l'empereur était encore un fait de violation de sépulture.

Cette *translatio cadaveris* non autorisée par les pontifes était licite, lorsqu'elle était faite sous l'empire d'une nécessité urgente (2) ; et lorsque le cadavre avait été provisoirement déposé dans un tombeau.

3^e Classe. — Faits assimilés à la violation de sépulture :

1^o La vente d'une chose *religiosa* (3).

2^o Le fait du créancier qui empêche les funérailles du débiteur pour arriver à se faire payer (4) ;

3^o Le fait d'assiéger le moribond, de le molester, lui et les gens de sa famille (*ipsum aliosve, qui ejus sunt, molestans*) (5).

1. Loi 14, Code *De religiosis*.

2. Loi 1, Code, *Ibid. Sentences*, Paul, livre 1, tit. 21, § 1.

3. Loi 1, Code *Sepu. violato*.

4. Loi 6. *Ibid.*

5. Loi 7. *Ibid.*

§ 2. — *Action de sepulcro violato.*

Cette action tendait à la réparation du préjudice causé par la violation de sépulture et non à l'application d'une peine corporelle. Ce n'était pas une action criminelle, mais bien une action pécuniaire (1). Ce serait cependant une erreur de ne l'envisager qu'à ce point de vue et de croire qu'elle était exclusivement et essentiellement *rei persecutoria*. Elle présente un autre caractère ; les anciens auteurs disaient que c'était une *actio doloris*. Cujas la qualifiait ainsi ; et le jurisconsulte Julien dans un fragment inséré au Digeste (2) nous dit que cette action est moins patrimoniale que répressive. *Hæc actio non ad rem familiarem, sed magis ad ultionem pertinet*. C'est ce dernier caractère de l'action de *sepulcro violato* qui nous permettra d'expliquer les particularités qu'elle présente.

Conditions pour la délivrance de l'action de *sepulcro violato* :

1° Il faut que l'un des actes que nous avons énumérés tout à l'heure, ait été commis ;

2° Ces actes doivent avoir été accomplis *dolo molo*, c'est-à-dire dans une mauvaise intention, dans une pensée criminelle (3) ;

1. Loi 9. Dig. *Sepu. violato*.

2. Loi 6. *Ibid.*

3. Loi 3. Princip. *Sepu. viol.* Dig.

3° Il faut en outre, (cela paraît inutile à dire) que les sépulcres soient réellement des *res religiosas*. Cette dernière condition exclut du champ d'application de l'action *sepulcro violato*, la profanation des tombes des ennemis (1) et l'exhumation faite par l'usufruitier lorsque le nu propriétaire a inhumé sans droit un cadavre sur le fonds grevé d'usufruit. Le sépulcre n'était pas dans ce cas une *res religiosa* ; l'usufruitier ne sera tenu que de l'action d'injures (2).

Dans le cas particulier où le fait consiste dans le renversement d'une statue, il faut que cette statue fasse corps avec le sépulcre, par exemple, qu'elle soit scellée dans le monument et qu'elle fasse partie intégrante avec lui. C'est ainsi que je concilie deux textes du jurisconsulte Paul qui semblent se contredire. L'un d'eux, en effet, pour le renversement d'une statue, ne donne que l'action d'injures (3). L'autre donne l'action de *sepulcro violato* (4). La première décision est relative à une statue placée simplement sur le sépulcre, *posita*, sans y avoir été incorporée. La seconde a en vue une statue scellée, dans le monument (*ad plumbata*) (5).

Nature de l'action de sepulcro violata. — A qui est-elle donnée. C'est une action prétorienne, conçue *in factum*. Elle est donnée d'abord à la personne investie du *jus*

1. Loi 4. *Ibid.*

2. Loi 8. Princ. Dig. *De religiosis*.

3. Loi 27. Dig. *De injuriis*.

4. *Sentences*, Paul, livre 1, tit. 21, § 8.

5. Loi 2, Dig., *Sepu. viol.*

sepulcri. Si le *jus sepulcri* appartient à plusieurs personnes le droit d'agir par l'action *de sepulcro violato*, appartient à chacune d'elles. L'exercice par l'un des intéressés de cette action n'éteint pas le droit des autres (1).

Mais, comme il importe que la répression de la violation de la sépulture soit assurée, et comme il ne faut pas que la négligence ou la faiblesse du propriétaire du sépulcre, procure au coupable l'impunité, le prêteur permettait à tout le monde d'intenter l'action *de sepulcro violato*. Cette action était populaire.

Une application de cette règle nous est présentée par un fragment du jurisconsulte Julien (2). On suppose que le propriétaire du sépulcre est absent pour le service de la République. Son inaction est parfaitement justifiée ; on devrait donc lui réserver l'action pour l'époque de son retour, et interdire l'exercice de cette action aux tiers. La loi décide le contraire. Le premier citoyen venu pourra agir, parce qu'il importe à la religion, à la conscience publique que de pareils crimes soient rapidement châtiés. A son retour, l'intéressé ne pourra demander la *restitutio in integrum* pour pouvoir exercer lui-même l'action *de sepulcro violata*. Il conserve cependant le droit, s'il n'y a pas eu *litis contestatio*, d'anéantir l'instance déjà introduite par les tiers et recommencer les poursuites pour son propre compte (3). Il en serait de même du propriétaire qui se repentirait de son

1. Loi 3, § 9. *Ibid.*

2. Loi 6. *Ibid.*

3. Loi 3, § 10. Dig. *Sepu. violato*.

inaction et voudrait se substituer au tiers qui l'a devancé dans l'exercice de son action *de sepulcro violato* (1).

Le caractère populaire de notre action ne saurait s'expliquer si elle était essentiellement *rei persecutoria*. Il faut donc admettre, comme nous l'avons déjà dit, qu'elle tend *ad ultionem*.

Cette action ne fait pas partie du patrimoine. Ce qui le prouve, c'est que l'*heres necessarius* qui exerce l'action *de sepulcro violato*, ne fait pas acte d'héritier et conserve le droit de s'abstenir de l'hérédité (2).

Lorsque le fait de violation de sépulture était établi, l'action *de sepulcro violato* aboutissait à une condamnation pécuniaire.

Le taux de cette condamnation variait suivant que l'action était intentée par le propriétaire du tombeau ou par un tiers. Dans le premier cas, la condamnation est arbitrée *ex æquo et bono*, la condamnation devra procurer au demandeur la réparation complète du préjudice causé (3).

Si au contraire c'est un tiers qui agit, la condamnation est fixée à l'avance d'une manière invariable par l'édit du préteur (4). Elle est de 200 *aurei*, si le fait poursuivi constitue l'*habitatio sepulcri* ; elle est de 100 *aurei* pour tous les autres faits.

Ces sommes de 100 et 200 *aurei* sont un minimum au-

1. *Ibid.*

2. Loi 10. *Ibid.*

3. Loi 3, Princ. *Ibid.*

4. *Ibid.*

dessous duquel le juge ne peut descendre lorsque le propriétaire du sépulcre agit. Le juge pourra condamner à une somme supérieure, non à une somme moindre.

On comprend très bien du reste que le taux de la condamnation soit invariable lorsque l'action est exercée par un tiers et qu'il soit variable lorsqu'elle est intentée par le propriétaire. Le tiers ne peut demander la réparation d'un préjudice causé, puisqu'en fait, il n'a éprouvé aucun préjudice. Le propriétaire au contraire a été lésé ; réparation lui est due, cette réparation variera avec l'étendue du préjudice subi. Il est nécessaire, pour l'établir, d'accorder au juge un pouvoir très large d'appréciation.

L'action de *sepulcro violato* présente un autre caractère ; elle est infamante (1). C'est ce que dit formellement la loi première à notre titre au Digeste. En présence de ce texte si clair, si net, aucun doute n'est possible. Cujas a cependant refusé à notre action le caractère d'action infamante. Voici comment il soutient cette opinion vraiment étrange : la violation de sépulture donne naissance à deux actions distinctes dans leur nature et dans leurs effets. L'une est une action prétorienne, d'intérêt purement privé ; l'autre est un *judicium publicum*, analogue au *judicium publicum* de la loi Julia de *vi publica*, tendant à l'application d'une peine corporelle. Quelle est celle de ces deux actions qui est infamante ? Ce ne peut être, selon Cujas, que le judi-

1. Loi 1, Dig. *Sep. violato*.

cium publicum, l'action criminelle, et non pas l'action prétorienne.

Cujas, à l'appui de sa thèse, fait le raisonnement suivant : L'action de *sepulcro violato* est une action *in factum*. Or les actions *in factum* ne sont pas infamantes. Voyez en effet ce qui se passe lorsqu'un descendant, un affranchi vient agir contre son ascendant ou son patron par l'action de *dolo*. Le préteur ne donne pas l'action de *dolo* parce qu'elle entraînerait l'infamie ; mais bien une action *in factum* qui écartera l'infamie (1). C'est donc qu'il est de la nature des actions *in factum* de ne pas entraîner l'infamie. Donc l'action de *sepulcro violata*, qui est une action *in factum*, n'est pas infamante.

Nous ne saurions admettre cette opinion malgré l'autorité si considérable de Cujas.

Cette opinion est condamnée par les deux considérations suivantes. Il serait vraiment bien étrange que la loi première de *sepulcro violato* ne s'appliquât pas à l'action qui fait l'objet exclusif de ce titre, et s'appliquât à l'action criminelle dont il n'est parlé que d'une manière tout à fait incidente (2).

En second lieu notre loi serait inutile si elle visait le *judicium publicum* ; parce que les condamnations à des peines corporelles entraînaient naturellement l'infamie, tandis que les actions d'intérêt privé ne produisaient cet

1. Loi 11, § 1. Dig., livre 4, tit. 3. Voyez encore loi 1, § 43. Dig., livre 43 tit. 16.

2. Loi 8, *Sepu. viol.* Dig.

effet que dans des cas très rares. Un texte formel était donc nécessaire pour donner à l'action de *sepulcro violato* le caractère infamant.

Mais indépendamment de ces considérations, suffisantes à elles seules pour détourner le système de Cujas, il y a une raison bien plus décisive encore. Cujas prétend que les actions *in factum* ne sont pas infamantes. C'est une erreur complète. L'action *de dolo* est une action *in factum*, et elle est infamante.

Le raisonnement de Cujas s'écroule tout entier ; il faut donc décider que l'action *de sepulcro violato* est infamante.

§ 3. — *Des peines de la violation de sépulture.*

Les peines étaient à la fois pécuniaires et corporelles. La gravité de ces deux espèces de peines variait avec la gravité du fait à punir ; elle dépendait aussi de la condition des personnes.

Peines pécuniaires. — Outre les peines que nous avons énumérées tout à l'heure, il y en avait d'autres.

1° Une peine de vingt livres d'or est infligée à ceux qui ont violé un sépulcre (1). La même peine est portée contre les juges qui ont négligé de poursuivre le crime.

2° Ceux qui se sont approprié un objet quelconque provenant d'un sépulcre sont frappés d'une peine *de decem pondo aurei*. Dans cette hypothèse, comme dans la précé-

1. Loi 3, Code *Sepulcro violato*.

dente, c'est une vraie amende : elle est attribuée entièrement au fisc. Au contraire, les sommes auxquelles on est condamné dans l'action *de sepulcro violato*, ne sont pas des amendes : elles sont attribuées au demandeur, quel qu'il soit.

3° Lorsqu'un esclave, sur l'ordre de son maître, avait violé un sépulcre et que dans la maison du maître on retrouvait des objets dérobés par l'esclave, la peine pécuniaire était considérable : la maison où l'objet volé était retrouvé était vendue au profit du fisc (1).

Une novelle de Valentinien punissait de la perte de la moitié des biens, ceux qui, appartenant aux hautes classes de la société ou revêtus de dignités, s'étaient rendu coupables du crime de violation de sépulture.

Peines corporelles. — Les violateurs de sépulture, d'après le droit commun, pouvaient être condamnés soit *ad metallum*, soit à la rélégation *in insula*, suivant qu'ils étaient d'une condition inférieure, *humiliores*, ou d'une condition élevée, *honestiores* (2).

Les esclaves étaient en principe toujours condamnés *ad metallum*. Mais cette peine était commuée en celle de la rélégation lorsqu'ils avaient commis le crime sur l'ordre de leur maître (3).

La peine de mort était prononcée dans certains cas

1. Loi 2. Code *Sepu. violato*.

2. *Sentences*, Paul. livre I, tit. 21, § 5 et § 4.

3. Loi 2, Code *Sepu. violato*.

d'une gravité exceptionnelle. Deux exemples sont fournis par les textes.

1° Ceux qui violaient un sépulcre à main armée et dépouillaient le cadavre étaient punis de mort (1). Si les mêmes faits étaient accomplis sans armes, la peine était celle du *metallum*. Le texte ne distingue pas entre les personnes.

2° L'exhumation du cadavre, l'*extractio cadaveris* était punie de mort, lorsqu'elle était le fait d'une *personæ humilioris*. Les *personæ honestiores* échappaient à la peine capitale et n'encouraient que la peine de la relégation dans une île (2).

Une novelle de Justinien punissait les clercs qui avaient commis le crime de violation de sépulture de la déportation perpétuelle (3).

Une novelle de Léon décide que celui qui s'est rendu coupable du crime de violation de sépulture doit être frappé avec douceur si c'est la première fois qu'il est poursuivi. Il sera au contraire châtié avec toute la sévérité possible, s'il y a récidive (4).

1. Loi 3, § 7. Dig. *Ibid.*

2. Loi 11, Dig. *Ibid.*

3. Code Théodosien. La condamnation pour crime de violation de sépulture était une cause de divorce. Loi 8, § 2. Code *De repudiis*.

4. Novelle, 96. De Léon.

DROIT FRANÇAIS

DE LA DIFFAMATION

INTRODUCTION

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse prévoit et punit un certain nombre de délits contre l'honneur et la réputation des citoyens. Parmi ces délits, il faut placer en première ligne, la diffamation dont nous nous sommes proposé l'étude.

Mais avant d'aborder l'explication des textes de la loi du 29 juillet 1881 qui sont relatifs à la diffamation, il est indispensable de faire connaître, dans un exposé rapide, comment les différentes lois sur la presse qui se sont succédé depuis le commencement de ce siècle, avaient assuré la protection de l'honneur et de la réputation des citoyens.

Le Code pénal ne prévoyait pas le délit de diffamation. Il reconnaissait quatre espèces de délits contre l'honneur et

la réputation d'autrui, la calomnie, l'injure grave, l'injure simple, et l'outrage. Nous ne nous occuperons que de la calomnie, parce que seule, elle présente quelque analogie avec la diffamation.

Qu'est-ce que la calomnie? On entend ordinairement par calomnie toute accusation, toute imputation fausse. Lorsque l'imputation ou l'accusation est vraie ce n'est plus de la calomnie, c'est de la médisance. Le Code pénal semble avoir donné au mot de calomnie le sens que nous venons de lui donner. Lisons en effet, l'article 367. Cet article définit la calomnie, la publication « de faits, qui, s'ils existaient, exposeraient celui contre lequel ils sont articulés à des poursuites criminelles ou correctionnelles ou simplement au mépris ou à la haine de ses concitoyens. » Ce que le législateur punit, c'est le mensonge ; il ne punit pas la révélation de la vérité. La calomnie est un délit, la médisance reste, en principe, un fait parfaitement licite. Il ne faudrait pas croire cependant que la médisance fût assurée de l'impunité d'une manière absolue et dans tous les cas. Pour qu'il en fût ainsi, il aurait fallu que le législateur eût admis sans aucune restriction, le droit de faire la preuve de la vérité des faits qui servaient de base aux accusations et aux imputations. Or, le législateur n'accordait le droit de faire cette preuve que dans une mesure très étroite. L'auteur des imputations n'a pas le choix des moyens de preuve ; la loi indique elle-même comment la preuve doit être faite. Il faut, comme le dit l'article 368, que la preuve soit légale, et, par preuve légale, il faut entendre celle qui

résulte d'un jugement ou d'un acte authentique (art. 370). Ce n'est qu'à la condition de rapporter cette preuve légale, que l'on peut, sans danger, révéler la vérité. Aucune autre preuve, quelle qu'elle soit, ne peut servir à la justification de l'accusateur, ni la preuve testimoniale, ni la preuve résultant de la notoriété des faits imputés (art. 368). La médisance pouvait donc, dans certains cas, et par suite des règles posées par la loi, en matière de preuve, devenir un délit.

Tel était le système du code pénal. On pouvait adresser à ce système des critiques sérieuses. On pouvait lui reprocher, en premier lieu, de ne tenir aucun compte de l'intention, du mobile qui avaient inspiré l'accusation ou l'imputation attentatoire à l'honneur ou à la réputation d'autrui. Le caractère délictueux de cette accusation dépendait uniquement d'une simple circonstance de fait, l'absence ou l'existence de preuve légale. Peu importait d'ailleurs que l'auteur des imputations eût ignoré ou non qu'il existait une preuve légale. Le système du code pénal manquait donc de base philosophique. En outre il avait un grave inconvénient : il laissait exposés, sans défense, aux attaques de la méchanceté, tous ceux dont l'infamie, les fautes ou les crimes pouvaient être légalement prouvés, et, notamment, ceux qui avaient été condamnés par les tribunaux de répression, qui, après avoir subi leur condamnation pensaient avoir payé leur dette à la société, et ne recherchaient que l'oubli auquel ils avaient droit. La médisance, légalement permise, avait pour résultat direct, de fermer

à bien des condamnés, la voie du repentir, en empêchant leur réhabilitation morale, et cela, au grand détriment de la société.

Le système du code pénal subsista jusqu'en 1819. A cette époque furent votées deux lois d'une importance capitale. L'une, qui fut promulguée le 17 mai 1819, est relative à la répression des crimes et délits qui peuvent être commis par la voie de la presse. L'autre, dont la promulgation est du 26 mai, réglemeute la poursuite des crimes et délits prévus par la première de ces lois.

La loi du 17 mai abroge les articles 367 et suivants du code pénal. La calomnie cesse d'exister comme délit dans notre législation ; et la loi nouvelle substitue à la calomnie un délit d'un nom nouveau, la diffamation. La loi de 1819 n'opère pas seulement un changement dans les mots, elle opère aussi un changement dans les principes, et au mot de diffamation correspond un système nouveau équitable et rationnel à la fois.

Le code pénal, nous le savons, ne punissait les imputations qui portaient atteintes à l'honneur et à la réputation d'un citoyen, que dans le cas où la preuve légale de la vérité de ces imputations ne pouvait être rapportée. La loi de 1819 va plus loin, et pose en principe que toutes les imputations ou allégations qui sont de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'autrui, sont punissables, sans qu'il y ait à rechercher si elles sont vraies ou si elles sont fausses. Le législateur ne se préoccupe pas de la vérité ou de la fausseté des faits imputés ;

ce qu'il frappe c'est l'intention mauvaise, l'intention de nuire, et cette intention existe au même degré, dans une imputation vraie et dans une imputation fausse. Toute atteinte à l'honneur ou à la réputation d'autrui est un délit, quelle que soit la manière dont cette atteinte ait été portée. La loi ne voit que le résultat produit ou possible, le but poursuivi par l'auteur des imputations, elle ne considère pas les moyens employés ; en présence de la blessure faite à l'honneur ou à la réputation d'une personne, elle prononce une peine, quelle que soit l'arme dont on ait fait usage, la médisance ou la calomnie. Il résulte (et il devait nécessairement résulter de ce principe) que l'auteur des imputations ne peut, pour se justifier, offrir de faire la preuve des faits imputés. Cette preuve est interdite en règle générale ; et cette prohibition s'étend non-seulement à la preuve testimoniale, à la preuve par écrit, à celle qui résulte de la notoriété, mais encore à celle que le législateur de 1818 qualifiait de preuve légale (1).

Le système de la loi de 1819 et celui du code pénal sont donc, comme on peut le voir, séparés par des différences radicales. Le code pénal ne punit en principe que la calomnie, la loi de 1819 frappe également la médisance et la calomnie. Le code pénal permettait la preuve légale des faits imputés ; la loi de 1819 interdit la preuve, même la preuve légale.

Ce changement dans les principes devait forcément être

1. Art. 20, loi du 26 mai 1819.

accompagné d'un changement dans les mots, et c'est ainsi que s'explique la substitution au mot calomnie du mot diffamation. La loi nouvelle ne pouvait conserver le mot de calomnie, car il emportait avec lui l'idée de la fausseté des faits imputés. Le mot diffamation est, en quelque sorte, neutre il ne préjuge ni la vérité ni la fausseté des faits imputés ; il convient aussi bien à la médisance qu'à la calomnie, et à ce titre il se recommandait au choix du législateur. M. de Serre, garde des sceaux, justifiait ainsi le choix du mot de diffamation. « Les rédacteurs du code pénal, disait-il, ont attribué au mot calomnie un sens légal autre que son sens naturel et vulgaire, en déclarant que, quiconque ne pourrait fournir par un acte authentique la preuve des faits par lui attribués à autrui, serait réputé calomniateur. Mais comme en attribuant aux mots, un certain sens, on ne change pas celui qu'ils ont réellement dans le langage, il est souvent résulté de là, entre le droit et le fait, une discordance fâcheuse. La substitution du mot diffamation, au mot calomnie fait disparaître, du moins en partie, cet embarras. Aussi aux termes de la définition de l'art. 9, une publication qu'il y aurait une sorte de contre-sens à déclarer calomnieuse, pourra fort bien et très justement être considérée comme diffamatoire (1).

Le système de la loi de 1819 paraît, au premier abord, aller à l'encontre des véritables intérêts de la société. En

1. Discours de présentation à la Chambre des députés. *Moniteur* du 23 mars 1819, p. 341.

effet, interdire la preuve des faits imputés, c'est, par cela même, rendre impossible la révélation de la vérité. Or, voici par exemple, une personne qui s'est rendue coupable d'un crime, d'un délit ou même d'un acte simplement immoral. Je divulgue ces crimes, ces délits, ces actes immoraux, je nomme celui qui en est l'auteur. Sans doute je cause à la personne que je dénonce ainsi à l'opinion publique, un préjudice considérable ; sans doute j'ai agi dans une intention méchante, car il est impossible que je ne me sois pas rendu compte des conséquences de ma révélation ; tout cela est évident et incontestable. Mais je rends en même temps un grand service à la société. En faisant connaître le passé d'un homme, l'immoralité de sa vie, les crimes ou délits qu'il a pu commettre, en rappelant à la société, le danger que cet homme lui a déjà fait courir, je l'avertis du danger qu'il peut encore lui faire courir dans l'avenir ; ainsi avertie, la société peut veiller à sa sécurité. Chaque citoyen peut faire son profit de mes révélations et se mettre en garde contre celui qui lui est ainsi dénoncé. Ajoutons enfin que la peur de la révélation produirait dans bien des cas une intimidation salutaire. Combien d'individus en effet, reculeront, devant l'accomplissement de certains actes, non pas parce qu'ils sont immoraux et mauvais en eux-mêmes, mais dans la crainte d'une révélation que le premier venu aura le droit de faire. Cette crainte ainsi qu'on l'a dit « enchaînera le vice, en épouvantant l'homme vicieux » (1). La divulgation de la vérité est donc

1. Filangiéri. *Science de la législation*, tome 5, 194.

utile à la société ; elle nous apparaît comme une condition de la sécurité sociale ; de plus la morale ne peut qu'y gagner. Puisqu'il en est ainsi il semble que le législateur devrait l'autoriser, l'encourager, et pour cela, permettre de faire la preuve des imputations diffamatoires, et non pas seulement la preuve légale comme dans le Code pénal, mais bien la preuve par tous les moyens possibles. Pourquoi donc la loi de 1819 en interdisant la preuve des faits imputés ou allégués, rend-elle impossible la révélation de la vérité ?

Si on consulte les travaux préparatoires des lois de 1819, on voit que les raisons invoquées, pour justifier l'interdiction de faire la preuve des imputations diffamatoires, peuvent se ramener à deux raisons principales. 1° L'exercice du droit de faire la preuve des imputations diffamatoires est incompatible avec les mœurs publiques de notre pays. Voici comment s'exprimait à ce sujet le garde des sceaux M. de Serre (1). « Le système qui admettrait la preuve des faits diffamatoires suppose des mœurs plus mâles que les nôtres, de véritables mœurs publiques. Mais serait-il accueilli par un peuple doué d'une susceptibilité jalouse sur tout ce qui touche à l'honneur et à la considération ? Par un peuple qui aime la liberté mais qui abhorre le scandale ? Supporterions-nous l'idée de mettre au jour notre vie privée, de dévoiler nos relations les plus intimes, sou-

1. Discours de présentation à la Chambre des députés. *Moniteur universel* du 23 mars 1819, page 342, 2^e colonne.

vent nos plaies les plus douloureuses et les plus secrètes à la première parole offensive ? Ne verrions-nous pas là un appât présenté à la médisance, une arène ouverte à la licence et à la malignité ».

2° A cette première raison tirée de l'état des mœurs publiques en France, s'en ajoutait une autre, de beaucoup la plus importante et la plus grave. La loi a redouté les inconvénients, les scandales auxquels donnerait lieu dans les procès en diffamation, l'exercice du droit de faire la preuve des faits imputés. Sans doute, en autorisant la preuve de la vérité des imputations diffamatoires, la loi aurait permis, de démasquer le vice, l'hypocrisie, et de dénoncer à l'opinion publique, l'immoralité de certains individus, ce qui n'aurait pas été un grand malheur ; mais elle aurait aussi fourni des armes à la méchanceté contre les gens de bien. Elle aurait donné au diffamateur les moyens de percer le mur de la vie privée, comme disait Royer-Collard, de scruter le passé d'une famille, d'en mettre au grand jour « *les hontes secrètes, les plaies cachées* » (1) et de jeter ainsi la déconsidération sur un honnête homme à raison de faits qu'il n'avait pas commis. L'honneur et la réputation des familles auraient donc été à la merci du premier venu. Le droit de faire la preuve aurait été un danger pour tout le monde ; tout le monde se serait également senti menacé ; les gens de bien, comme les gens malhonnêtes, la vertu comme le vice. C'est pour prévenir ce

1. Discours de M. de Serre. V. note citée plus haut.

résultat, c'est pour accorder aux honnêtes gens la protection à laquelle ils avaient droit, que le législateur a interdit en principe la preuve des imputations diffamatoires. Il a sacrifié ce droit de faire la preuve à des raisons d'ordre public ; il a voulu en donnant la sécurité à tous les citoyens sans distinction assurer la paix et la tranquillité sociales. Les considérations que nous venons d'exposer sont admirablement développées dans un discours de M. Beugnot dont nous extrayons le passage suivant. « En vain, dit M. Beugnot, celui qui a diffamé offre-t-il d'appeler à son secours la vérité : la loi le repousse ; elle lui déclare qu'elle ne veut pas même de la vérité, *parce que la sécurité des citoyens est de beaucoup plus nécessaire à la société que la preuve que l'un de ses membres est vicieux ou corrompu.* Le système contraire ne serait point une digne opposée aux passions privées, une censure utile à la réforme des mœurs. Je ne suis pas sûr que la liberté de tout dire sur la conduite privée des citoyens, produise ce salutaire effet, mais je suis fortement persuadé qu'elle sèmerait partout le trouble et l'effroi, et, certes on n'a pas le droit de sacrifier de la sorte, *la majorité des gens de bien, à la conversion douteuse de quelques dépravés.* Je regrette même qu'en ce point la loi ne soit pas plus sévère, car prenez garde qu'il n'est pas nécessaire d'aller jusqu'à la diffamation pour porter un préjudice réel à celui dont on traduit la conduite aux yeux du public. Une nouvelle fausse, un propos semé avec art, et qui devient promptement un bruit public, une méchante interprétation de la demande la plus sim-

ple, des insinuations où la perfidie se couvre du voile de la candeur, suffisent souvent pour blesser un citoyen dans ses habitudes, ses affections, et même dans sa fortune » (1).

Le système de la loi de 1819, en interdisant la preuve des imputations diffamatoires avait un grave inconvénient, il ne permettait pas à l'honnête homme calomnié, d'établir son innocence, son honnêteté. Cet inconvénient n'avait pas échappé aux rédacteurs de la loi de 1819 et M. de Serre le signalait en ces termes (2) : « Le système de la preuve est, dans le vrai, le seul qui soit capable de satisfaire pleinement l'honnête homme calomnié. Le calomniateur, défié inutilement de prouver ses imputations, n'a plus la ressource de ses subterfuges ordinaires ; il ne peut plus dire qu'il a cédé trop inconsidérément à la force de la vérité, à un juste sentiment d'indignation, et que, si le jugement devait dépendre de l'exactitude des faits, il lui serait facile de montrer son innocence, en prouvant beaucoup plus devant les juges qu'il n'a avancé contre la partie qui le poursuit. — Forcé dans ses derniers *retranchements*, la justice éclatante et non *équivoque* de la *condamnation* répare *entièrement l'honneur de l'offensé*, au lieu d'y porter une

1. Discours prononcé à la Chambre des députés. Séance du 28 avril 1819. *Moniteur universel* du 30 avril, page 534.

2. Les considérations développées par M. de Serre ont été reproduites lors de la discussion de la loi de 1881 devant la Chambre des députés, par un député, M. Ballue. Séance du 15 février 1881. *Journal officiel* du 16 février. Débats de la Chambre, p. 265.

nouvelle atteinte, comme il arrive souvent dans ces sortes de causes. »

Quoi qu'il en soit et malgré cet inconvénient, la loi de 1819 interdit en principe, la preuve des imputations diffamatoires. Une seule exception est faite à ce principe, lorsque la diffamation est dirigée contre un fonctionnaire public, et lorsque la diffamation est relative à la fonction. Dans ce cas la preuve des faits imputés est permise. Cette dérogation à la règle générale se justifie par des raisons tirées de l'intérêt de la société. Il importe en effet à la société que l'incapacité des fonctionnaires publics puisse être signalée, que les crimes, les délits, les fautes qu'ils commettent puissent être révélés. Pour cela, il était nécessaire que la preuve des imputations diffamatoires fût possible.

Tel est, dans ses grandes lignes, le système de la loi de 1819. Cette loi a réalisé un progrès considérable sur le code pénal. En interdisant en principe, la preuve des faits imputés ou allégués, elle protège l'honneur et la réputation de chaque individu; en autorisant cette preuve exceptionnellement contre les fonctionnaires publics, elle sauvegarde les intérêts de la société. C'est donc une loi juste et raisonnable.

Depuis 1819 de nombreuses lois sur la presse se sont succédé, apportant changement sur changement, accordant ou refusant le droit de faire la preuve des faits diffamatoires contre les fonctionnaires publics, aggravant ou adoucissant la pénalité, modifiant les règles de la compétence et de la procédure. Malgré ces changements, le délit

de diffamation est resté ce que l'avait fait la loi de 1819.

Arrivons à la loi du 25 juillet 1881. Nous ne pensons pas que ce soit ici le lieu de faire un exposé des modifications et des réformes opérées par la loi nouvelle. En effet, les explications que nous donnerions feraient double emploi avec celles qui seront données au cours de cette étude, à la place qui leur convient. Nous nous bornerons pour le moment à une indication générale. La loi de 1881 définit la diffamation, comme l'avait défini l'art. 13 de la loi de 1819; les éléments constitutifs de la diffamation restent les mêmes. Les modifications apportées par la loi nouvelle sont principalement relatives à la preuve des faits diffamatoires, à la compétence et à la procédure.

La loi de 1881 abroge complètement dans son article 68 tous les édits, lois, décrets, ordonnances relatifs à l'imprimerie, à la librairie, aux crimes et aux délits prévus par les lois sur la presse et les autres moyens de publication.

Abordons maintenant l'étude des dispositions de la loi de 1881 relative à la diffamation.

CHAPITRE PREMIER.

DU DÉLIT DE DIFFAMATION

Première partie.

*Différences de la diffamation, de l'injure, de l'outrage
et de l'offense.*

L'article 25 de la loi du 29 juillet 1881 définit ainsi la diffamation : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé, est une diffamation. » Cette définition est la reproduction textuelle de la (1) définition donnée par l'article 13 de la loi du 17 mai 1819.

Avant d'analyser la définition de la diffamation et de

1. Le mot diffamation vient du mot latin *diffamare*, qui signifiait simplement le fait de répandre de côté et d'autre, de propager des propos. Le mot *diffamare* n'avait pas dans la langue latine un sens défavorable. Le mot diffamation ne fait son apparition dans la langue littéraire qu'au xiv^e siècle. Avant le xiv^e siècle, on employait le mot diffame ou diffame-ment. V. Littré, dictionnaire au mot : Diffamation. L'usage du mot diffamation dans le langage juridique remonte au xvi^e siècle seulement. Jusqu'au commencement de notre siècle, aucun texte législatif n'avait employé le mot diffamation. Nous le trouvons pour la première fois dans un décret du 15 novembre 1811 sur le régime de l'Université, art. 41.

déterminer ses éléments constitutifs, nous devons, pour éviter toute confusion, et pour préciser les idées, montrer en quoi la diffamation diffère légalement, de l'injure, de l'offense et de l'outrage, car tous ces actes se ressemblent complètement à deux points de vue, à savoir : par le mobile qui les dicte, et le résultat qu'ils produisent en fait. Ce sont tous des atteintes à l'honneur et à la considération des personnes. Mais analogie n'est pas identité et le législateur a distingué des actes que le langage ordinaire aurait peut-être confondus dans une désignation commune. Il importe donc de connaître ces distinctions.

1° L'injure est toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait, art. 29, 2° alinéa. L'injure diffère de la diffamation en ce qu'elle ne contient l'imputation d'aucun fait (1), tandis que la diffamation contient par essence l'imputation d'un fait déterminé. La loi distingue l'injure publique et non publique. L'injure publique est punie de peines variables suivant que la personne injuriée est un fonctionnaire public, ou un simple particulier. L'injure non publique n'est passible que des peines édictées par l'article 471 du code pénal (article 33, loi du 29 juillet 1881).

2° *Outrage et offense*. — Faisons une remarque commune à l'offense et à l'outrage. Étant donnée la définition

1. La loi du 17 mai 1819, art. 19 et 20, distinguait l'injure contenant l'imputation d'un vice déterminé et celle qui ne contenait pas l'imputation d'un vice déterminé. La première était punie de peines correctionnelles, la seconde de peines de simple police.

de l'injure, il est difficile de se faire au premier abord, une idée de la différence qui existe entre l'injure d'un côté, et l'offense et l'outrage de l'autre. Le terme de mépris, l'invective se trouvent toujours forcément au fond de tous ces actes quel que soit le nom qu'on leur donne. La différence établie entre l'injure, l'offense et l'outrage par le législateur, ne dérive donc pas de la nature même des choses, elle ne résulte pas d'une différence réelle entre les expressions employées. Elle résulte uniquement de la qualité des personnes contre lesquelles ces expressions sont dirigées.

L'outrage s'adresse à un fonctionnaire public (article 224 du code pénal) (1) ou aux ambassadeurs et agents diplomatiques accrédités près le gouvernement de la République française (art. 37, loi du 20 juillet 1881) (2). Légalement il ne peut y avoir d'outrage contre un particulier considéré comme tel.

Ajoutons que la loi prévoit et punit l'outrage aux bonnes mœurs (article 28, l. 29 juillet 1881) (3).

L'offense comprend les injures, les outrages adressés au Président de la République et aux chefs des gouvernements

1. La question de savoir si cet article 224 du Code pénal n'était pas abrogé par notre loi est très vivement controversée. La Cour de cassation a décidé que l'art. 224 du Code pénal n'était pas abrogé. 15 mars 1883. Dalloz, 83, 1, 225.

2. Cet art. 37 correspond à l'art. 12 de la loi du 17 mai 1819. Dans l'art. 37, l'expression : outrage commis publiquement, remplace le mot de diffamation, qui se trouvait dans l'art. 12 de la loi de 1819.

3. L'art. 8 de la loi de 1819 punissait l'outrage à la morale publique et religieuse.

étrangers. On se demande pourquoi le législateur a employé le mot offense, pour désigner les injures et les outrages au chef de l'État, et pourquoi il ne s'est pas servi de l'un de ces derniers mots. Le projet soumis à la Chambre et voté par elle, qualifiait d'outrage les attaques contre le Président de la République. Le Sénat, sur la proposition de son rapporteur, a substitué le mot offense au mot outrage par cette considération, que ce mot qui « est exceptionnel convient mieux à la situation exceptionnelle du chef de l'État (1). » Le mot offense était déjà employé dans la loi de 1819 pour désigner l'outrage au roi (art. 9 de cette loi) (2). L'emploi de ce mot avait été ainsi justifié par le duc de Broglie, rapporteur à la Chambre des Pairs. « On a pensé qu'il existait des êtres collectifs ou individuels placés si haut dans le respect des hommes, que le trait le plus empoisonné, bien que lancé contre eux, ne peut les atteindre ; quoi qu'on publie à leur sujet, peu importe, en ce qui les concerne personnellement, il y a délit mais il n'y a pas dommage ; il y a un criminel, mais il ne peut pas y

1. Rapport de M. Pelletan au Sénat. *Annexes*, 188, p. 462, 3^e colonne.

2. Dans la loi de 1819, l'offense comprenait les outrages adressés aux membres de la famille royale et à l'une des deux Chambres, art. 10 et 11 de cette loi. Dans le projet de la loi de 1881 on avait prévu l'outrage au président de la République, à la Chambre et au Sénat. Cet article fut repoussé lors de la première lecture. En seconde lecture, M. Marion proposa un amendement punissant l'outrage envers le chef de l'Etat, le Sénat et la Chambre. La Chambre des députés n'adopta cet amendement qu'en ce qui concerne le chef de l'Etat. Comme nous l'avons dit dans le texte, le Sénat substitua au mot outrage le mot offense.

avoir de victime. Voilà un délit particulier, que le mot offense caractérise d'une manière parfaite. »

Deuxième partie.

Définition et éléments constitutifs de la diffamation.

De la définition donnée par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, il semblerait résulter que la diffamation ne se compose que de deux éléments à savoir : 1° l'imputation ou allégation d'un fait; 2° l'atteinte portée à l'honneur ou à la considération d'une personne par l'imputation ou l'allégation.

Mais, au point de vue pénal, cette définition de l'article 29 est incomplète et inexacte parce qu'elle est trop générale. Notre article, en effet, prend le mot de diffamation, dans son acception absolue, et en donne une définition qui trouverait tout aussi bien sa place dans un dictionnaire que dans la loi. Le délit de diffamation reste toujours à définir ; car, c'est comme fait punissable, comme délit, que la loi s'occupe de la diffamation, et le fait défini par l'article 29, ramené aux seuls éléments indiqués par cet article, ne tombe jamais sous le coup de la loi. Il faut donc compléter l'œuvre du législateur à l'aide des matériaux qu'il nous fournit lui-même. Or si nous lisons les articles 30, 31 et 32, nous verrons que la diffamation ne devient un délit qu'autant qu'elle est « commise par l'un des moyens énoncés en l'article 23. » La publicité est donc une des condi-

tions du délit de diffamation ; sans elle, le délit n'existerait pas ; et il est pour le moins étonnant que le législateur n'ait pas jugé à propos de parler de cette condition si importante dans la définition qu'il prétendait donner de la diffamation.

Ajoutons enfin une autre condition, qui n'est écrite, il est vrai, dans aucun texte, mais qui s'impose d'elle-même et, sans laquelle, il ne peut y avoir de délit d'aucune sorte, c'est-à-dire l'intention de nuire.

Nous avons ainsi déterminé tous les éléments constitutifs de la diffamation ;

1° L'imputation ou l'allégation d'un fait.

2° L'atteinte portée à l'honneur et à la considération d'une personne.

3° Publicité.

4° Intention de nuire.

SECTION I

Imputation ou allégation d'un fait.

La loi, en employant ces deux expressions, a voulu embrasser tous les propos qui peuvent être dirigés contre une personne, à la condition, bien entendu, que ces propos réunissent toutes les conditions requises par la loi pour constituer le délit de diffamation. L'imputation est l'accusation nette, franche, le propos dirigé directement contre

une personne déterminée ; celui qui le tient, affirme et n'invoque pas une autorité étrangère, soit pour dégager sa responsabilité, soit pour donner à son affirmation plus de portée et plus de force. A ce point de vue l'allégation diffère beaucoup de l'imputation. Alléguer, c'est invoquer une autorité, c'est affirmer sur la foi d'autrui. Celui qui allègue se présente à nous comme un simple propagateur et non pas comme l'éditeur responsable des propos dont il s'agit. Il n'a pas été témoin du fait, il n'en a pas personnellement connaissance, mais un tel en a été témoin et l'a raconté ; ou bien, ce qui arrive le plus fréquemment, il se garde bien de préciser, il invoque la rumeur publique et se borne à dire qu'il court tel bruit sur telle personne, qu'on lui a dit... L'allégation est donc une accusation indirecte, détournée ; elle est surtout usitée par ceux qui veulent bien faire le mal, mais qui songent à leur sécurité et croient l'assurer, en attribuant à d'autres, la paternité des imputations qu'ils ont, les premiers, lancées dans le public. L'explication que nous venons de donner des mots imputation et allégation, est en harmonie parfaite avec les travaux préparatoires de la loi de 1819. Voici en effet ce que disait M. Courvoisier : « Alléguer (1) c'est annoncer sur la foi d'autrui, ou laisser à l'assertion l'ombre d'un doute ; imputer c'est affirmer. » La loi atteint donc la diffamation franche et la diffamation hypocrite, et c'est justice. Toutes les deux produisent les mêmes effets ; elles portent à un

1. *Moniteur universel*, tome 59, page 432, 2^e colonne.

égal degré, atteinte à l'honneur et à la considération ; elles sont dictées par les mêmes mobiles ; le législateur ne pouvait donc pas établir de différence entre elles.

L'art. 29 de la loi de 1881 dit, que l'allégation ou l'imputation qui constitue la diffamation, porte sur « un fait. » Remarquons bien cette expression. — Un fait. La jurisprudence et la doctrine l'entendent ainsi, un fait précis déterminé. Toute imputation ou allégation portant sur autre chose qu'un fait, par exemple, sur un vice, un défaut, ne constitue pas une diffamation mais une injure. Ainsi, traiter quelqu'un de polisson (1), de lâche (2), d'oiseau galeux (3) est une injure ; il n'y a en effet dans de pareils propos, qu'une qualification vague, indéterminée, il n'y a pas l'imputation d'un fait déterminé. Dire au contraire d'une personne qu'elle a commis un vol au préjudice de telle personne est une diffamation au premier chef. Il a été également jugé que la qualification de fripon (4), de vagabond (5), n'était qu'une injure et non pas une diffamation. La Cour de cassation (6) a depuis longtemps déjà, donné la même décision à propos de l'épithète de voleur. C'est là en effet une accusation vague, qui ne précise aucun fait. Mais cet arrêt de la Cour de cassation nous montre,

1. Cass. crim., 16 avril 1841. Sirey, 1841, 1^{er}, 542.

2. Bordeaux, 9 janvier 1839.

3. Cour de Colmar, 12 juin 1866. Dalloz, 66, 2, 139.

4. Cass. crim., 1^{er} février 1851. Dalloz, 51, 5, 421.

5. Cour de Colmar, 12 juin 1866. Dalloz, 66, 2^e, 139.

6. Cass. crim., 26 avril 1861. Sirey, 1^{re} série, 3^e volume, 1^{re} partie, 177.

qu'il n'est pas nécessaire que l'imputation ou l'allégation précisent elles-mêmes le fait : la détermination du fait nécessaire pour constituer la diffamation peut résulter de circonstances différentes, des événements qui précèdent, accompagnent, ou suivent les injures. Aussi, l'épithète de voleur adressée à une personne peut, d'après la Cour de cassation, cesser d'être une injure et devenir une diffamation, lorsque cette qualification est suivie de poursuites, de dénonciation ou de plainte. Ces événements postérieurs à l'injure viennent en effet préciser le fait, et enlever à l'injure son caractère primitif.

Dans un arrêt de 1866 la Cour de cassation a abandonné la doctrine constamment suivie jusqu'alors, et a décidé qu'il y avait diffamation, dans le fait de dire à un individu qu'il était un (1) voleur, un coquin et qu'il prenait le chemin du bagne. Il nous semble difficile de voir dans de pareils propos une accusation suffisamment précise pour qu'il y ait diffamation ; d'autant plus que la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 1865 (2), avait décidé que la qualification de faussaire, adressée à un officier ministériel dans un acte public, sans aucune indication de circonstances de lieu et de temps dans lesquelles le prétendu faux aurait été commis, ne constituait pas une diffamation, mais une injure. Le rapprochement de ces deux décisions de la Cour suprême est la condamnation de l'arrêté de

1. Cass. crim., 4. Poven, 1861. Dalloz, 66, 1, 361.

2. Cass. crim., 29 juillet 1865. Dalloz, 66, 1, 48.

1866, qui d'après les principes, reste absolument inexplicable.

D'ailleurs cet arrêt de 1866 n'est pas le seul où la Cour de cassation ait abandonné ses principes. Dans un arrêt de 1874 (1), la Cour de cassation, s'est une seconde fois mise en contradiction avec elle-même, et a qualifié de diffamation, des imputations qui n'étaient que de simples injures. Dans l'espèce, le plaignant avait été accusé « d'être étranger aux notions du plus vulgaire patriotisme, et de n'avoir vu, dans la présence des armées ennemies sur le sol du pays, que l'occasion de satisfaire une inavouable cruauté. » Il est impossible d'imaginer une accusation plus vague ; elle ne précise aucun fait. A ce titre, elle ne remplit pas les conditions exigées par la loi pour qu'il y ait diffamation. Elle devait donc rester, ce qu'elle était, une simple injure. La Cour de cassation n'a pas hésité, cependant, à voir dans ces accusations vagues, une véritable diffamation. Les raisons qui ont entraîné la cour sont indiquées dans un des considérants de l'arrêt : « *Attendu*, dit la cour, qu'il est difficile d'imaginer une accusation à la fois plus dangereuse et plus perfide, et qu'elle serait de nature à soulever contre le le plaignant, la haine et la réprobation de ses concitoyens. » Ainsi donc, la gravité, la perfidie des imputations dont la connaissance lui était déférée, le fait qu'elles sont de nature à soulever contre le plaignant l'opinion publique, ont paru à la cour, des raisons suffisantes pour dénaturer les

1. Cass. crim., 17 juillet 1874. Dalloz, 75, 1^{er}, 97-101.

faits et commettre un véritable excès de pouvoir. Que les accusations visées par l'arrêt soient dangereuses, perfides, nous le reconnaissons volontiers ; mais le législateur n'a jamais indiqué la gravité, la perfidie des imputations, comme un des éléments constitutifs de la diffamation. Ces circonstances de fait peuvent aggraver le délit commis, et entraîner l'application d'une peine plus forte, mais elles doivent être sans influence sur la qualification du délit. Cet arrêt de 1874 mérite donc tous les reproches que nous avons adressés plus haut, à l'arrêt de 1866.

Il ne faut pas d'ailleurs attacher à ces deux arrêts de la Cour de cassation, plus d'importance qu'il ne convient. Ils constituent des décisions absolument exceptionnelles et anormales, et à ce titre, mais à ce titre seulement, dignes de l'attention du jurisconsulte ; on ne peut y voir, en aucune manière, l'abandon de l'ancienne doctrine et le triomphe d'une jurisprudence nouvelle.

Pour qu'il y ait diffamation, il faut donc que l'imputation porte sur un fait précis et déterminé. Nous allons passer en revue un certain nombre d'espèces qui feront bien comprendre le sens que la jurisprudence donne à cette condition.

Dire à quelqu'un qu'il y a un long cahier sur son compte, n'est pas une diffamation ; ce n'est qu'une injure (1). De même encore, on n'a pas trouvé les éléments constitutifs de la diffamation dans l'accusation dirigée contre une personne

1. Crim. cass., 10 juillet 1840. Sirey, 1840, 1^{re}, 747.

d'être arrivée rapidement à la fortune, alors que l'article du journal d'où est extraite l'accusation, donne à entendre que ce succès rapide est dû à des moyens malhonnêtes. Il n'y a là, en effet, rien de précis. Quels moyens ont été employés pour réussir ? De quelles manœuvres s'est-on servi ? Tout cela est vague, et l'accusation reste insaisissable ; on se trouve en présence d'une injure (1). A plus forte raison n'y a-t-il pas diffamation dans le fait d'écrire dans un journal que « la doctrine de l'obéissance passive paraît former, dans une certaine partie de la magistrature, toute la théorie du devoir et de la probité juridique (2). »

L'imputation à une personne de doctrines politiques et sociales, réprouvées par les honnêtes gens, n'est pas une diffamation (3). L'imputation de faits futurs conditionnels ne constitue pas non plus une diffamation (4). Un arrêt a fait application de cette idée dans une espèce intéressante, en décidant qu'il n'y avait pas de diffamation dans le fait de dire d'un candidat à la députation, qu'il était prêt à voter toutes les guerres qu'il plairait au gouvernement (5).

Ce n'est pas diffamer une personne que de lui reprocher d'avoir voté les guerres de l'Empire (6). Mais si à cette im-

1. Crim. cass., 11 janvier 1872. Dalloz, 73, 1, 389.

2. Crim. cass., 11 avril 1878. Dalloz, 78, 1, 477.

3. Cour de Rennes, 27 mars 1878. Dalloz, 1880, 2^e, 68.

4. Même arrêt.

5. Rennes, 25 mars 1879. Dalloz, 1880, 2^e, 166.

6. Même arrêt.

putation vague, vient se joindre l'imputation d'avoir trahi son mandat de député, d'avoir cédé à la pression du gouvernement et voté les fonds nécessaires pour la dernière guerre ; les faits sont alors assez déterminés pour qu'il y ait diffamation (1).

Nous pourrions encore citer d'autres espèces ; mais l'énumération que nous venons de donner suffit pour fixer la portée de la condition exigée par la loi, à savoir : que l'imputation doit porter sur un fait précis. Ajoutons que la jurisprudence interprète cette exigence de la loi d'une manière très large. Ainsi, la Cour de cassation a décidé qu'il n'était pas nécessaire que les expressions employées dans un article de journal aient en elles-mêmes un caractère diffamatoire, mais qu'il suffit que l'article, dans son ensemble, laisse entendre un fait de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération (2). Il faut s'attacher au sens général des paroles ou de l'article de journal, et non pas au sens de tel terme ou de telle phrase isolée.

L'expression d'un soupçon constitue-t-elle une diffamation ? Pour répondre à cette question il faut d'abord définir le soupçon : or si nous ouvrons un dictionnaire, le dictionnaire de Littré par exemple, nous voyons que le soupçon est une opinion désavantageuse à une personne, mais non sans un certain doute. C'est une croyance, ce n'est

1. Crim. cass., 7 juin 1878. Dalloz, 79, 1, 436.

2. Crim. cass., 15 janvier 1869. Dalloz, 69, 1, 380. Rapprocher de cet arrêt l'arrêt du 26 janvier 1877. Dalloz, 77, 1, 89.

pas une certitude, et celui qui a cette croyance, se rend bien compte de l'insuffisance des preuves pour affirmer ; il doute de l'exactitude de l'opinion qu'il émet, tout en la croyant vraie jusqu'à un certain point. Prenons un exemple. Une somme d'argent m'a été volée. Mes soupçons tombent sur telle personne. Je ne suis pas cependant bien sûr de sa culpabilité ; mais je la crois vraisemblable et je n'hésite pas, tout en exprimant mes doutes, à imputer à cette personne, le vol commis à mon préjudice. Dans une pareille hypothèse, il est impossible de ne pas voir le délit de diffamation. Car tous les éléments de la diffamation se trouvent réunis : l'imputation ou tout au moins l'allégation ; le fait imputé est précisé ; il est de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération. Il est vrai que dans l'accusation, j'ai déclaré que je n'étais pas bien sûr de ce que j'avais dit. Mais peu importe que j'aie déclaré ou non avoir des doutes, la diffamation existe et la réputation de la personne est aussi gravement atteinte, que si j'avais porté contre elle une accusation sans restriction et sans réserves. Peut-être au contraire, faut-il voir dans cette circonstance, que j'avais des doutes, une aggravation ; car, si je doutais, le silence était mon premier devoir. La jurisprudence est fixée dans ce sens (1).

Il n'y a pas en principe de diffamation dans l'imputation

1. Jugement du tribunal de Lille, arrêt de la Cour de Douai du 22 juillet 1874, et arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 1875. Dalloz, 75, 1^{er}, 393-395. Cour de Paris, 17 juillet 1874. Dalloz, 75, 5, 315, 346. Crim. cass., 24 avril 1879. Dalloz, 79, 1^{er}, 435.

qui est faite sous la forme d'une hypothèse. Pour bien nous faire comprendre prenons une espèce visée par un arrêt de la cour de cassation. Une personne avait dit d'une autre personne : Si un tel a fait cela, c'est un coquin, c'est un brigand. La cour de cassation a décidé avec raison qu'il n'y avait pas dans de pareils propos les éléments du délit de diffamation (1). Les considérants de l'arrêt que nous citons ne nous font pas connaître les motifs pour lesquels la cour a décidé qu'il n'y a pas diffamation. Mais, il est facile de voir, que la diffamation ne saurait exister, parce que l'intention de nuire fait défaut, et que, dans l'espèce, il n'y a pas l'expression d'une opinion désavantageuse. Mais il en serait autrement, si, on publiait, sous forme hypothétique, des imputations malveillantes contre un tiers. Dans ce dernier cas il y aurait une véritable diffamation. Il ne faut pas croire, en effet, que la diffamation n'existe qu'autant que l'imputation ou l'allégation sont directes. Pourvu que la personne soit suffisamment désignée, que les faits soient précis, la diffamation peut résulter d'une imputation indirecte, par exemple d'une simple allusion. Ainsi, une personne est accusée d'un crime par la rumeur publique : je me rends coupable de diffamation en disant, à propos de ce crime : Ce n'est pas moi qui ai commis tel crime. Il est bien évident en effet qu'une pareille dénégation est absolument inutile, en ce qui me concerne, puisque je ne suis pas accusé. Cette dénégation a donc pour but et pour résultat de désigner d'une

1. Crim. cass., 20 mars 1817. Sirey, 1^{re} série, 5^e volume, 1^{re} partie, 298,

manière indirecte mais non douteuse, celui qui est accusé du crime. L'intention de nuire apparaît sous la forme indirecte prise par le diffamateur avec plus de force peut-être que s'il avait adressé une imputation directe. Tous les éléments de la diffamation se trouvent donc réunis.

Reste une dernière question. La diffamation peut-elle résulter de la publication d'un livre sous le nom d'autrui ? Pour répondre à cette question il faut distinguer. Si le livre est honnête, moral la diffamation n'existe pas. Le tiers désigné comme auteur aura le droit cependant de faire effacer son nom de l'œuvre ; car on a disposé, sans consentement, d'une chose qui lui appartient, de son nom.

Si au contraire le livre est un de ces livres dont parle Alceste :

*Un livre abominable,
Et de qui la lecture est même condamnable,
Un livre à mériter la dernière rigueur (1).*

le délit de diffamation est nettement caractérisé. L'imputation existe dans l'attribution à un tiers de ce livre. Qu'est-ce en effet que publier un livre sous le nom d'autrui, sinon imputer à autrui la paternité du livre, et maintenir cette imputation tant que le livre circule dans le public ? En outre, cette imputation est une de celles qui portent la plus grave atteinte à l'honneur et à la considération du tiers désigné comme auteur. Nous devons donc reconnaître qu'il y a diffamation.

1. *Misanthrope*, acte 5, scène I.

SECTION II

Faits portant atteinte à l'honneur et à la considération.

Le deuxième élément constitutif de la diffamation est l'atteinte portée à l'honneur et à la considération. Quel est le sens de ces deux mots, honneur et considération ? Dans la langue littéraire, le mot honneur a deux sens. Dans sa première acception, l'honneur est la qualité qui porte à accomplir (1) des actions nobles, courageuses ; il désigne ainsi les qualités morales, le courage, la vertu, la générosité, etc., etc. Dans une seconde acception, l'honneur est l'estime que les hommes accordent à ces mêmes qualités morales (2). C'est ce dernier sens que le législateur a voulu donner au mot honneur. Imputer à quelqu'un un fait qui porte atteinte à son honneur, c'est lui nuire dans l'opinion publique, c'est lui aliéner l'estime de ses concitoyens. Si tel est le sens du mot honneur, il est difficile d'établir une différence entre l'honneur et la considération ; car la considération c'est aussi l'estime. D'où peut venir cette estime, si ce n'est de ces qualités que nous énumérons tout à l'heure ? Les deux mots d'honneur et de considération semblent donc avoir le même sens. Le législateur leur a cependant donné une signification différente. Nous voyons dans

1. Voyez *Dictionnaire Littré*. Mot *Honneur*, n° 4.

2. *Ibid.*, n° 1.

les travaux préparatoires de la loi de 1819, un orateur distinguer l'honneur et la considération de la manière suivante : « La considération se rapporte à l'idée que les autres ont de nous, et l'honneur se rattache à l'idée que nous tenons à en conserver nous-même (1). » Pour un autre, M. de Serre, la considération est une sorte d'estime particulière, et pour faire bien comprendre ce qu'il entend par cette estime particulière, M. de Serre nous dit que c'est l'estime que chacun peut avoir acquise dans l'état qu'il exerce, estime qui est pour lui une propriété précieuse que la diffamation peut atteindre, sans cependant porter atteinte à son honneur : car on peut être homme d'honneur, n'être pas diffamé comme tel, et l'être par exemple dans les autres qualités morales qui font un bon négociant, un bon médecin, un bon avocat (2). Le même langage était tenu par le rapporteur de la loi, M. Courvoisier à la Chambre des députés : « Tout ce qui touche à la réputation, à la probité touche à l'honneur, et on peut sans blesser l'honneur porter atteinte à la considération. Dire méchamment qu'un négociant a éprouvé des pertes, qu'il gère avec inhabileté son négoce, annoncer faussement tel ou tel fait à l'appui de son imputation, c'est laisser son honneur intact, c'est nuire à la considération dont il jouit (3). » En résumé, pour le législateur de 1819, l'honneur résulte des qualités morales,

1. M. Guizot, *Moniteur universel*, tome 59, page 482, 2^e colonne.

2. *Ibid.*

3. *Moniteur universel*, tome 59, page 432, 2^e colonne.

prises *in abstracto*, communes, en théorie du moins, à toutes les conditions et à toutes les professions (1) ; la considération tient aux qualités spéciales, aux diverses professions exercées par les hommes, à la position sociale, à la condition. Porter atteinte à l'une ou à l'autre de ces deux espèces de qualités, c'est porter atteinte à l'espèce particulière d'estime, correspondant à chacune d'elles dans l'opinion des hommes ; c'est commettre le délit de diffamation (2).

De la formule employée par la loi de 1881 pour définir les faits diffamatoires, il convient de rapprocher les termes de l'article 222 du code pénal qui vise l'outrage fait à un magistrat, à un fonctionnaire, à un juré dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. L'outrage puni par la loi est « l'outrage, par paroles, par écrit, en dessins non rendus publics, tendant dans les cas divers, à inculper leur honneur et leur délicatesse. » Honneur et délicatesse. Il est évident que le mot délicatesse a un sens bien différent de celui de considération : la formule de

1. Le Code pénal avait, dans son article 367, adopté une formule différente de celle qui a passé dans la loi de 1819 et de cette loi dans la loi de 1881. La calomnie, aux termes de cet article, résultait de toute imputation qui pouvait exposer celui contre lequel elle était articulée « à des poursuites criminelles ou correctionnelles, ou même l'exposerait seulement à la haine et au mépris des citoyens. »

2. Dans la discussion de la loi de 1819, on avait proposé de substituer le mot de réputation à celui de considération. Le mot considération fut maintenu comme s'appliquant mieux aux professions, aux positions modestes qui jouissent de l'estime publique et par rapport auxquelles le mot réputation aurait été trop prétentieux.

l'article 222 est bien plus large que celle de l'article 29 de la loi de 1881. Je traduis ainsi la pensée du législateur exprimée dans l'article 222 du code pénal : Toute parole, tout écrit, tout dessin tendant à attirer le mépris sur l'une des personnes visées dans l'article, à diminuer le respect qui leur est dû, constituent le délit d'outrage. La Cour de cassation a tenu compte de cette différence dans les termes employés par la loi pour définir les faits de diffamation et d'outrage ; elle a puni et avec juste raison comme outrages des propos dans lesquels elle n'aurait pu voir une diffamation. La Cour de cassation a peut-être interprété d'une manière trop large la formule de l'article 222. Ainsi, elle a décidé qu'il y avait outrage contre un juge de paix, dans le fait de s'écrier au moment où ce juge prononçait sa sentence : « Voilà un jugement qui mérite d'être encadré » (1). Elle a même puni comme outrage de vulgaires grossièretés (2). Quoiqu'il en soit, le rapprochement que nous avons fait entre le texte de l'article 222 du code pénal et le texte de l'article 25 de la loi de 1881, était utile, car il nous a permis de mettre en relief les différences réelles que la loi et la jurisprudence, interprète de la loi, ont établies entre les faits de diffamation et les faits d'outrage.

Pour qu'il y ait diffamation, avons-nous dit, il faut que le fait imputé ou allégué soit de nature à porter atteinte à

1. Arrêt des Chambres réunies, 25 juin 1855. Dalloz, 55, 1^{er}, 430.

2. Cass. crim., 6 sept. 1850. Arrêt des Chambres réunies du 17 mars 1851. Dalloz, 51, 1^{er}, 99. Lire l'intéressant réquisitoire du procureur général, M. Dupin, qui précède le dernier arrêt.

l'honneur et à la considération. La question de savoir, s'il y a atteinte à l'honneur et à la considération, est une question de fait. Cependant, il ne faudrait pas en conclure que le pouvoir des tribunaux dans cette matière soit absolu et illimité, et que leurs décisions échappent à la censure de la Cour de cassation. La Cour de cassation au contraire a, dans un grand nombre d'arrêts, affirmé son droit de contrôle et de censure. De ces arrêts résultent les deux règles suivantes qui fixent les attributions respectives des tribunaux et de la Cour de cassation. 1° Les tribunaux constatent souverainement les faits, les circonstances dans lesquelles les faits se sont produits ; à ce point de vue leur pouvoir est souverain et leurs décisions ne peuvent être réformées par la Cour de cassation. 2° Ces faits une fois constatés par les tribunaux et tenus pour vrais par la Cour de cassation, il appartient à la Cour de cassation de contrôler la qualification qui leur a été donnée, d'examiner si cette qualification est exacte et si elle répond bien au texte et à l'esprit de la loi (1).

Ceci posé, nous allons énumérer un certain nombre d'espèces dans lesquelles la jurisprudence a reconnu des imputations ou des allégations de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération. Aux exemples que nous allons donner, il convient d'ajouter ceux que nous avons

1. *Crim. cass.*, 4 novembre 1861. *Dalloz*, 66, 1, 361. — 31 décembre 1863, *Crim. cass.*, 64, 1, 103. — *Crim., cass.*, 17 mars 1864. *Dalloz*, 64, 1, 104. — *Crim. cass.*, 10 août 1865. *Dalloz*, 66, 1, 361. — *Crim. cass.*, 19 février 1874. *Dalloz*, 74, 1, 407. — *Crim. cas.*, 29 janvier 1875. *Dalloz*, 75, 1, 393. — *Crim. cass.*, 10 nov. 1876. *Dalloz*, 77, 1, 44.

donnés plus haut en développant cette idée que l'imputation ou l'allégation doit porter sur un fait.

Il y a une première catégorie de faits dont l'imputation ou l'allégation porte évidemment atteinte à l'honneur et à la considération et constitue à ce titre une diffamation : ce sont tous les faits qui tombent sous le coup de la loi pénale, qu'ils aient été ou non frappés de peines par les juridictions répressives compétentes. Ainsi il y a diffamation dans le fait de reprocher à un individu d'avoir été en prison (1), de porter sur l'épaule les lettres T. V. T. F. (2), d'avoir commis un vol (3), d'avoir fait des prêts usuraires (4), d'avoir usurpé un titre nobiliaire (5).

Si l'imputation de faits frappés par la loi pénale est une diffamation, devons-nous dire en sens inverse et poser comme règle générale que l'imputation de faits licites ne peut jamais être une diffamation ? La négative est évidente. Car, la loi a eu pour objet de protéger le citoyen contre toutes les attaques qui pouvaient lui nuire dans l'estime de ses semblables. Or, il est évident qu'il y a des actes parfaitement licites, qu'aucune loi ne punit, mais que la conscience réproouve et que la morale flétrit. Imputer de pareils faits à une personne c'est certainement porter atteinte à son honneur et à sa considération. Ainsi il a été

1. Crim. cass., 15 février 1828. Dollaz Répert. Presse outrage 825. 40.

2. Crim. cass., 30 nov. 1854. Dalloz, 54, 5, 590.

3. Crim. cass., 20 janvier 1825. Sirey, 1^{re} série, 8^e volume, 1^{re} partie, 21.

4. Cour de Nancy, 28 août 1850. Dalloz, 51, 2^e, 176.

5. Crim. cass., 18 décembre 1874. Dalloz, 75, 1^{er}, 282.

jugé que c'était (1) diffamer un homme marié que l'accuser publiquement de vivre en concubinage avec une femme libre parce que dit l'arrêt « reprocher à un homme marié d'avoir un commerce avec une autre femme, est l'imputation d'un vice que réprouvent les bonnes mœurs et qui l'expose au mépris de ses concitoyens. »

Autre exemple : rien n'est plus licite que l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire. La Cour de cassation a cependant décidé que l'imputation adressée à une personne d'avoir accepté sous bénéfice d'inventaire la succession de son père peut constituer une diffamation, à raison des réflexions blessantes et injurieuses qui accompagnent cette imputation (2). On impute alors à cette personne une violation d'un devoir moral, un manquement aux devoirs de la piété filiale.

L'accusation portée contre une personne d'avoir été un dénonciateur politique, lorsque les faits sont précisés, est une diffamation (3).

L'imputation d'avoir commis des actes contraires à la loyauté, à l'honnêteté, à la bonne foi, est une diffamation, à la condition, ne l'oublions pas, que les faits soient précisés.

Ainsi l'imputation de faits de corruption électorale (4),

1. Cour de Limoges, 14 mars 1828. Sirey, 1^{re} série, 9^e volume, 2^e partie, 54.

2. Crim. cass., 14 janvier 1875. Dalloz, 75, 1^{er}, 281.

3. Crim. cass., 5 sept. 1872. Dalloz, 73, 1, 46. 18 juin 1874. — Crim. cass., Dalloz, 75, 1^{er}, 398.

4. Tribunal de Vendôme, 10 octobre 1846. Dalloz, 46, 3^e, 167.

le reproche adressé à un journaliste de soutenir un fonctionnaire dans une feuille, et de l'attaquer dans une autre (1), constitue une diffamation.

Il a été encore jugé qu'on diffamait un fonctionnaire public, un représentant de l'autorité, un officier ministériel, en imputant à ces différentes personnes une violation des devoirs de leur charge. La Cour de Rennes, notamment, a considéré comme diffamatoire l'imputation dirigée contre un sous-préfet « d'être resté coi chez lui durant les troubles qui se sont manifestés dans sa résidence (2). »

L'imputation d'avoir fait partie des commissions mixtes est-elle une diffamation ? La cour de Besançon, dans un arrêt rendu en 1876, s'est prononcée pour l'affirmative (3), La Cour de cassation, au contraire, a décidé qu'une pareille imputation ne pouvait constituer une diffamation ; et en décidant ainsi, elle s'est montrée conséquente avec elle-

1. Crim. cass., 11 avril 1874. Dalloz, 74, 1^{er}, 406. Rapprocher de cet arrêt un arrêt de cassation du 24 juin 1869. Dalloz, 70, 1^{er}, 434.

2. Cour de Rennes, 27 mars 1878. Dalloz, 1880, 2^e, 68 et 69. De ce dernier arrêt, rapprocher un arrêt de la Cour d'assises de la Seine du 15 octobre 1881. Dalloz, 1883, 2^e, 147, et un arrêt de cassation du 27 janvier 1883. Dalloz, 1883, 1^{er}, 276. Dans l'espèce visée par ce dernier arrêt, la Cour de cassation a considéré comme diffamatoires les imputations dirigées contre un huissier, malgré leur caractère relativement vague et indéterminé.

3. Cour de Besançon, 29 nov. 1876. Dalloz, 77, 1, 281. Le tribunal de Vesoul dont le jugement avait été frappé d'appel devant la Cour de Besançon, avait refusé, pour ainsi dire, d'entrer dans l'examen de la question, et avait acquitté les prévenus de diffamation par ce motif que le plaignant n'était pas désigné suffisamment. Voir le texte de ce jugement avant le texte de l'arrêt cité ci-dessus.

même (1). Elle avait, en effet, dans un arrêt célèbre, proclamé la légalité de tous les actes du pouvoir exécutif (2) postérieurs à la date du 2 décembre 1851, et en particulier des décrets relatifs à l'institution des commissions mixtes. Il était difficile, pour la Cour de cassation, de voir dans un fait qui à ses yeux était permis par la loi, un fait de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération. Telle est bien la pensée qui a dicté l'arrêt, par lequel la Cour suprême a refusé de considérer comme une diffamation l'imputation d'avoir fait partie des commissions mixtes, et cette pensée nous la trouvons très nettement exprimée dans un des considérants de l'arrêt : « *Attendu*, dit la Cour, que la loi ne permet pas au juge de considérer la participation aux actes qu'elle a autorisés, prescrits ou sanctionnés comme pouvant porter atteinte à l'honneur et à la considération de celui à qui on l'impute. »

Mais cet arrêt n'a pas fait cesser les controverses : la question s'est encore présentée devant les tribunaux, et la cour de Bourges lui donnant une solution contraire à celle qu'elle avait reçue de la cour de cassation, a décidé que l'imputation d'avoir fait partie des commissions mixtes, était de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération.

Cette solution se justifie aux yeux de la cour de Bourges par les raisons suivantes : 1° L'auteur de l'imputation a

1. Cas. crim. 3 février 1877. Dalloz, 77, 1^{er}, 281.

2. Cass., 19 janvier 1875. Dalloz, 75, 1, 55.

évidemment l'intention de nuire ; et dans sa pensée, avoir fait partie des commissions mixtes est un acte déshonorant ; 2° les commissions mixtes ont été flétries par l'histoire et la conscience publique. Mais ces raisons si sérieuses qu'elles paraissent, auraient été insuffisantes pour la cour de Bourges, et ne l'auraient pas déterminée à elles seules à abandonner la jurisprudence inaugurée par l'arrêt de la cour de cassation de 1877, si depuis cette dernière époque n'étaient survenus des événements importants ; les événements auxquels nous faisons allusion sont le vote de la loi du 30 juillet 1881, qui accorde des indemnités aux victimes du coup d'Etat du 2 Décembre 1851, et le vote de la loi du 30 août 1883, sur la réforme de l'organisation judiciaire ; loi dont l'art. 11 § 4, exclut de la magistrature, tous les magistrats qui après le 2 décembre 1851, ont fait partie des commissions mixtes. L'acte du 2 Décembre a donc été implicitement reconnu par le législateur, comme un acte illégal, comme un acte ayant violé les droits des citoyens qu'il a atteints. De plus, comment expliquer l'exclusion des magistrats qui ont fait partie des commissions mixtes, si ce n'est, ainsi que le déclare la cour de Bourges, par leur indignité ? L'imputation d'avoir fait partie des commissions mixtes est donc une imputation qui porte atteinte à l'honneur et à la considération. Ainsi l'a décidé la cour de Bourges dans l'arrêt que nous rapportons (1),

1. Cour de Bourges, 30 novembre 1883. Journal *La Loi* du 16 décembre 1883.

réformant un jugement du tribunal de Nevers qui avait acquitté purement et simplement les prévenus (1). Il ne faudrait pas croire cependant, d'après ce que nous venons de dire, que la cour de Bourges ait condamné les prévenus comme coupables de diffamation. Tout en considérant en principe l'imputation d'avoir fait partie des commissions mixtes, comme une imputation portant atteinte à l'honneur et à la considération, la cour a estimé que l'imputation n'était pas assez précise pour constituer une diffamation. Elle n'a donc puni les auteurs de cette imputation que comme coupables du délit d'injures. C'est ce qu'avait déjà fait le tribunal de la Seine par un jugement du 21 novembre 1883 (2). Il n'en est pas moins certain pour cela que dans l'état actuel de la jurisprudence, l'imputation d'avoir fait partie des commissions mixtes, sous la condition de préciser les faits, et les circonstances de temps et de lieu, constitue une diffamation.

L'article 29 de la loi de 1881 ne protège pas seulement les citoyens contre les imputations qui atteignent leur honneur et leur probité, il les protège également contre tous les propos qui lèsent leurs simples intérêts pécuniaires. Ainsi la divulgation de faits qui peuvent porter atteinte au crédit d'une personne, qu'elle soit commerçante ou non, est une diffamation. De nombreuses applications de cette idée ont été faites par la jurisprudence. L'arrêt le plus

1. Tribunal de Nevers, 20 octobre 1883.

2. Journal *La Loi* du 22 novembre 1883.

ancien est un arrêt de la cour d'Aix de 1838, qui condamne à des dommages-intérêts une personne qui avait accusé un tiers (1) d'être en état de déconfiture, et qui pour prouver son dire, avait déclaré qu'une transcription de saisie immobilière avait déjà été faite contre ce tiers. Des arrêts plus récents ont puni comme coupables du délit de diffamation : 1° Des individus qui accusaient une société financière d'être insolvable et la menaçaient de la faillite à bref délai (2) ; 2° les directeurs d'une agence de renseignements qui communiquaient à leurs clients des notes sur le plus ou moins de solvabilité de certaines personnes (3).

1. Cour d'Aix, 26 juillet 1838. Dalloz, *Répertoire*, au mot *Office*, n° 293, 1°. La Cour de Bruxelles, sous l'empire du Code pénal, avait décidé qu'il n'y avait pas calomnie, dans le fait de dire d'un commerçant, qu'il était sur le point de tomber en faillite. Rappelons les termes du Code pénal, art. 367 : Les faits imputés devaient être de nature à exposer au mépris ou à la haine des citoyens. Or, l'imputation qui nous occupe ne pouvait avoir de pareilles conséquences. La Cour de Bruxelles a donc bien jugé en décidant qu'il n'y avait pas calomnie. Cour de Bruxelles, 10 juillet 1830. Sirey, 1^{re} série, 9^e volume, 2^e partie, 468.

2. Cour de Paris, 19 mars 1869. Dalloz, 70, 2, 214. Dans le même sens, Cass. crim., 1^{er} août 1879. Dalloz, 1880, 1^{er}, 42. Cour de Paris, 14 février 1884. *Journal la Loi* du 15 février. Rapprocher de ces décisions, un arrêt de la Cour d'Orléans du 7 mars 1882. *Journal la Loi*, 31 août 1883.

3. Cour d'Aix, 19 février 1869. Dalloz, 69, 2^e, 83. La Cour de Paris, dans une espèce analogue à celle visée par l'arrêt de la Cour d'Aix, a décidé qu'il n'y avait pas diffamation, 27 avril 1878. Dalloz, 79, 2^e, 38. Ces deux arrêts, cependant, ne se contredisent pas. Il y a, en effet, dans les circonstances de fait des deux arrêts, des différences considérables. Dans l'espèce visée par la Cour d'Aix, il y avait eu distribution des bulletins et, par suite, publicité. Dans l'espèce visée par la Cour de Paris, il n'y avait pas eu distribution, il n'y avait donc pas de publicité.

L'honneur, la considération, littéraire et artistique des écrivains et des artistes, sont aussi protégés par la loi, et si, la critique même sévère et acerbe d'une œuvre, quelle qu'elle soit, ne tombe pas sous le coup de la loi pénale, il en est autrement des attaques personnelles contre l'honneur et la considération. Elles ne jouissent pas de l'immunité accordée à la critique. Appliquant ces principes, la jurisprudence n'a pas hésité dans plusieurs circonstances à frapper comme diffamatoires, les imputations ou allégations contenues dans un article de critique contre l'honneur et la considération des artistes, des écrivains (1) et des acteurs (2). Nous citerons d'une manière toute spéciale un jugement du tribunal de la Seine rendu en date du 26 mars 1884. Par ce jugement, le tribunal décide, que c'est diffamer l'éditeur d'un manuscrit, que de lui imputer d'avoir fait subir à ce manuscrit plusieurs interpolations. Il y a là en effet une espèce d'accusation de faux littéraire (s'il est permis de parler ainsi), accusation qui atteint de la manière la plus grave, la probité de celui contre lequel elle est dirigée (Journal la Loi 27 mars 1884).

L'honneur militaire est également placé sous la protection de la loi et nous considérerions comme diffamatoires toutes les imputations ou allégations des faits qui pourraient y porter atteinte.

1. Cass. crim., 29 novembre 1845. Dalloz, 46, 1, 48.

2. Tribunal de la Seine, 26 février 1863. Dalloz, 63, 3°, 68, et 19 juin 1884, Journal *La Loi* du 20 juin.

Les mots honneur et considération doivent donc être entendus, de la manière la plus large. Le droit de l'interprète va-t-il jusqu'à pouvoir comprendre dans les expressions employées par la loi, les atteintes à l'honneur, en donnant au mot honneur, le sens qui lui est donné dans le monde ? Ainsi imputer à quelqu'un d'avoir reçu un soufflet, un affront, sans en avoir demandé réparation par les armes, est-ce une diffamation ? Si on considère uniquement le but et le résultat d'une pareille imputation, il est bien difficile de ne pas y voir une véritable diffamation. En effet est-ce que la situation de celui auquel le fait est imputé, va être la même ; est-ce qu'il continuera à jouir comme auparavant de l'estime de tous ? Ou bien au contraire est-ce que cette estime n'aura pas été diminuée, peut-être même perdue ? Si d'un autre côté, nous nous en tenons aux travaux préparatoires de la loi de 1819, et si, nous inspirant de leur esprit, nous commentons le texte de la loi, il est certain que les atteintes à l'honneur dans le sens que nous donnons à ce mot, n'ont pas été prévues par le législateur. La loi a voulu protéger l'honneur qui repose sur la probité. On pourrait donc être tenté de décider, que les imputations du genre de celle qui nous occupe, ne constituent pas une diffamation. Malgré cet argument, tiré des travaux préparatoires, nous n'adopterons pas cette opinion, et nous nous rangerons à l'opinion contraire. Oubli n'est pas exclusion, et, si le législateur n'a pas songé à l'honneur tel que nous l'entendons, en ce moment, il ne s'ensuit pas le moins du monde qu'il l'ait écarté. En outre nous nous trouvons en

présence d'un fait certain, indéniable, la déconsidération de celui auquel l'imputation est adressée. D'où résulte cette déconsidération ? De l'imputation. Cela suffit pour qu'il y ait diffamation. On nous objectera à la vérité que la déconsidération vient d'un préjugé ; que la justice ne doit pas tenir compte d'un préjugé, ni lui donner l'appui de son autorité. Préjugé soit, nous le reconnaissons volontiers. Mais il importe peu que le sentiment qu'entraîne la déconsidération soit juste ou injuste. Il existe, il a une force que personne ne saurait contester. Ne recherchons pas ses causes, bornons-nous à constater ses effets. Ce sera la condamnation de la doctrine que nous combattons (1). La cour de cassation a consacré notre opinion (2).

Les principes de la loi en matière de diffamation s'appliquent à toutes les catégories de citoyens indistinctement. La diffamation est punissable quelle qu'en soit la victime, quel qu'en soit l'auteur. Pour personne la diffamation n'est un droit. De pareilles propositions sont tellement évidentes, qu'il semble inutile de les annoncer. Elles ont cependant été contestées. Les journalistes notamment ont prétendu à une situation privilégiée. Ils ont soutenu que la loi n'était pas faite pour eux, que les nécessités de la polémique les plaçaient en dehors des règles qui régissent les autres mortels, et que de journaliste à journaliste, la diffamation était chose impossible. Cette prétention est tellement étonnante,

1. Dalloz. *Répertoire. Presse*, outrage, nos 827 et 830.

2. Cass. crim., 24 mai 1844. Sirey, 44, 1^{re}, 555.

que nous nous empressons de fournir les preuves qu'elle a été formulée. Ces preuves, nous les trouvons dans les considérants d'un arrêt de cassation qui a rejeté sans pitié les journalistes dans le droit commun : « Sur la seconde branche du même moyen, dit l'arrêt, tirée de ce que les principes de la loi en matière de diffamation ne seraient pas applicables aux polémiques et discussions d'opinions entre journalistes ; attendu que la loi édicte des dispositions générales, applicables à tous les citoyens ; qu'aucune classe de personnes ne saurait prétendre à un privilège qui aurait pour effet de la placer en dehors de ses dispositions (1) ». Mais, tout en maintenant le principe, la jurisprudence en modère l'application. Elle se montre très tolérante pour les polémiques entre journalistes ; elle admet que la politique comporte certaines franchises, et laisse passer impunies des imputations qu'elle considérerait comme diffamatoires ou injurieuses, si elles s'étaient produites entre particuliers non journalistes. En voici un exemple bien remarquable. Un journaliste avait accusé un autre journaliste d'être plein de tendresse pour la commune de Paris et l'Internationale. La Cour de cassation a décidé que cette imputation ne constituait ni une diffamation ni une injure « parce que, dit la Cour, si regrettables que soient ces imputations, elles ont été en quelque sorte la conséquence inévitable des con-

1. Cass. crim., 24 avril 1879. Dalloz, 79, 1, 435. Rapprocher de cet arrêt les arrêts suivants. Crim. rej., 25 janvier 1873. Dalloz, 73, 1, 289. Crim. cass., 18 novembre 1874. Dalloz, 75, 1, 281.

ditions dans lesquelles la polémique s'est poursuivie entre les journalistes » (1).

La jurisprudence fait aux candidats, aux fonctions électives, au mandat de député, de conseiller municipal, une situation analogue à celle des journalistes. Comme tous les autres citoyens, les candidats ont droit à la protection de la loi et il n'est pas plus permis de les diffamer que les simples particuliers, qui ne sollicitent pas les suffrages de leurs concitoyens. Mais si la diffamation est interdite, la plus grande liberté possible doit être laissée aux électeurs pour la discussion des titres des candidats. Il importe en effet à l'intérêt public, que les mérites, la capacité, la moralité des candidats, leur indépendance vis à vis du pouvoir, puissent être discutés, pour que les électeurs votent en connaissance de cause, et ne soient pas exposés à élire des incapables ou des indignes. Or, il est évident que cette discussion ne peut se produire avec le calme et la modération de la conversation. Elle comporte certaines exagérations, voire certaines violences qu'excusent l'empportement et la passion des hommes. La jurisprudence doit donc se montrer tolérante, et, en fait, elle est très tolérante. Elle accorde toutes les libertés compatibles avec le respect strict de la loi. Les principes qui dirigent la jurisprudence peuvent se résumer dans cette formule: La liberté d'apprécier les titres des candidats ne saurait aller jusqu'à la diffamation ou à l'injure.

1. Crim, cass., 11 avril 1874. Dalloz, 74, 1, 406,

C'est par application de ces idées qu'il a été décidé qu'il y avait diffamation dans l'imputation adressée à un candidat au conseil général d'avoir compromis l'intérêt général en allongeant le parcours des chemins vicinaux pour desservir ses propriétés (1). La Cour de cassation a encore jugé que c'était diffamer des candidats que de les présenter comme des gens « qui mentent, en disant qu'ils sont amis de la religion, et qu'ils ont supprimé l'école des frères en 1870 » (2).

En revanche nous trouvons un grand nombre d'arrêts qui assurent et protègent la liberté de la discussion durant les périodes électorales.

Ainsi, la Cour de cassation a décidé qu'il ne pouvait y avoir diffamation, dans la critique du système économique d'un candidat, lors même que cette critique aurait été empreinte d'une certaine exagération (3).

L'imputation adressée à un candidat d'avoir voté toutes les guerres de l'Empire n'est pas non plus une diffamation (4).

Ce n'est pas diffamer un candidat que de le ranger dans un parti politique qui n'est pas le sien, lors même que cette appréciation aurait compromis le succès de sa candi-

1. Crim. cass., 2 août 1878. Dalloz, 79, 1^{er}, 47. Rapprocher de cet arrêt un arrêt de cassation, 7 juin 1878. Dalloz, 79, 1^{er}, 436.

2. Crim. cass., 10 novembre 1876. Dalloz, 77, 1^{er}, 44. Cet arrêt cassait un arrêt de la Cour de Chambéry du 12 avril 1876 qui avait acquitté les prévenus. Dalloz, 76, 2^e, 150.

3. Crim. cass., 31 décembre 1863. Dalloz, 64, 1, 104.

4. Cour de Rennes, 25 mars 1879, Dalloz, 80, 2, 166.

dature, pourvu qu'aucune imputation n'ait été dirigée contre l'honneur ou la considération du candidat (1).

Tels sont les développements que nous avons cru nécessaire de donner, pour faire connaître, dans l'état actuel de notre législation et de notre jurisprudence, le sens de cette expression : fait qui porte atteinte à l'honneur ou la considération. Le cadre trop restreint de ce travail nous force, bien malgré nous, à arrêter nos explications sur ce point.

La diffamation, quelque grave qu'on la suppose, n'est punissable qu'à la condition de désigner la personne contre laquelle elle est dirigée. Une imputation ou une allégation d'un fait diffamatoire, conçue en termes tellement généraux, tellement vagues qu'elle s'appliquerait à tout le monde et ne s'appliquerait à personne, ne pourrait être poursuivie devant les tribunaux répressifs. Il faut donc que la personne atteinte soit désignée ; remarquons ce mot désignée. Il n'est pas en effet nécessaire que la personne soit nommée ; la loi ne l'exige pas et avec raison, car une pareille exigence aurait fourni aux diffamateurs (2), un moyen trop facile d'échapper à la loi. La désignation de la personne sera suffisante, « toutes les fois qu'aucun doute raisonnable ne sera pas possible » (3). Les juges du fond ont un

1. 24 mai 1876. Cour de Chambéry, et 10 avril 1876. Cour d'Angers. Dalloz, 77, 2, 84.

2. En droit romain, lorsque la personne injuriée n'avait pas été nommée, un sénatus-consulte accordait une action publique contre l'auteur de l'injure. Loi 6. Dig., livre 47, titre X.

3. Crim. cass., 18 mai 1872. Dalloz, 72, 1, 152.

pouvoir souverain pour apprécier si la désignation est ou non suffisante (1) et leurs décisions sur ce point échappent au contrôle de la Cour de cassation. « *Attendu*, dit un arrêt, que la Cour de cassation n'a point à rechercher, si les Cours d'appel ont tenu plus ou moins de compte de tous les éléments de preuve, produits devant elles, pour démontrer que la personne diffamée était désignée » (2).

SECTION III

De la publicité.

La pensée, considérée en elle-même, abstraction faite de ses modes de manifestation, échappe à l'action du législateur. Tant qu'elle n'a pas été exprimée, elle n'existe pas, et par suite, il est naturellement impossible qu'elle constitue un délit. C'est l'expression, qui en donnant à la pensée une forme et un corps, lui donne du même coup, l'existence matérielle, et l'aptitude à devenir un délit. Mais si c'est là une condition nécessaire, ce n'est pas une condition suffisante : il faut en outre que l'expression de cette pensée ait été publiée d'une manière quelconque : (et nous employons

1. Crim. cass., 15 janvier 1869. Dalloz, 69, 1, 380. Crim., 29 janvier 1875. Dalloz, 75, 1, 393. Crim., 3 février 1877. Dalloz, 77, 1, 281. Crim., 24 avril 1879. Dalloz, 79, 1, 435. Crim., 16 août 1879. Dalloz, 80, 1, 144. Jugement du tribunal de Lille du 22 mars 1882. *Journal la Loi* du 6 mai 1882.

2. Voyez l'arrêt cité à la note 2 de la page précédente.

ce mot *publiée*, dans son sens le plus large, et non pas, dans le sens restreint que la loi lui donne, en l'appliquant à la diffamation). Jusque là, le législateur, ne pouvant la connaître, ne peut la punir. Ce n'est donc pas arbitrairement que le législateur a fait de la publicité la condition essentielle de la plupart des délits de la parole et des délits de presse. Cette condition s'imposait d'elle-même et par la force des choses.

En ce qui concerne plus particulièrement la diffamation, cette condition de publicité est expressément exigée par les articles 30, 31 et 32 de la loi du 29 juillet 1881. Ces articles renvoient pour la définition de la publicité, ou plutôt, pour l'énumération des différents cas de publicité, aux articles 23 et 28 de la même loi. L'article 23 est ainsi conçu : « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit, par des placards ou affiches exposés aux regards du public..... » L'article 28 dans son deuxième alinéa ajoute : « la mise en vente, la distribution ou l'exposition de dessins, gravures, peintures ou emblèmes. » Les dispositions combinées des articles 23 et 28 de la loi de 1881 sont les mêmes que celles qui étaient contenues dans l'article premier de la loi du 17 mai 1819.

Faisons ici une remarque : la publicité des articles 23 et 28 de la loi de 1881 n'est pas spéciale à la diffamation. Elle est commune à l'injure et à l'offense envers le prési-

dent de la République, « articles 33 et 26 de la loi de 1881. » L'offense au chef de l'État et l'injure ne sont des délits, qu'autant qu'elles se sont produites dans les conditions de publicité indiquées par les articles 23 et 28. En dehors de ces conditions, l'offense au président de la République ne constitue plus un fait punissable ; et l'injure descend au rang de contravention de simple police (art. 33, dernier alinéa). Les dispositions des articles 23 et 28 de notre loi, ont donc l'importance de règles susceptibles d'une application générale : elles forment le droit commun de la publicité en matière de délits de parole et de délits de presse.

Il est à peine besoin de faire observer qu'il existe une différence profonde entre la publicité des articles 23 et 28 et la publicité proprement dite. La première est moins compréhensive que la seconde. La loi a créé un système de publicité légale, en dehors duquel la publicité, quoique réelle, n'existe pas. Elle écarte comme non publics, tous les modes de publication qu'elle n'a ni indiqués ni prévus. On conçoit un système législatif plus large. La loi aurait pu se borner, à exiger, pour qu'il y ait diffamation une publicité réelle, effective, et abandonner toutes les restrictions, toutes les exclusions qui résultent de nos articles 23 et 28. Il aurait suffi de dire que la diffamation n'est punissable, que si elle a été commise publiquement.

Du reste cette formule n'est pas inconnue au législateur. C'est celle dont il s'est servi pour deux délits spéciaux, le délit d'offense aux chefs des États étrangers et le délit d'ou-

trage envers les ambassadeurs, ministres plénipotentiaires etc. etc., des Etats étrangers (art. 36 et 37 de la loi de 1881). C'était également celle qui avait été employée par l'article 6 de la loi du 25 mars 1822, pour l'outrage commis à raison de leurs fonctions contre les personnes indiquées par cet article. Elle a le mérite d'être moins compliquée et plus étendue que la formule de la loi de 1881. Elle laisse ainsi une plus grande liberté d'appréciation aux tribunaux. C'est ce qu'avait décidé la cour de cassation en ce qui concerne l'article 6 de la loi de 1882, par un arrêt, qui remonte à l'année 1875 (1), époque à laquelle les dispositions de cet article étaient encore en vigueur (2). De la différence des expressions employées par la loi, pour la publicité de la diffamation et pour la publicité de l'outrage, la cour de cassation avait justement conclu à une différence dans le fond même des choses. Cette différence est bien mise en relief par un des *attendus* de l'arrêt précité : « *Attendu*, dit la cour, que la publicité exigée par l'article 6 de la loi du 25 mars 1822 n'est pas la publicité spéciale et restreinte, qui se trouve définie dans l'article 1^{er} de la loi du 17 mai 1819 (les dispositions de

1. Cass. crim., 6 août 1875. Dalloz, 76, 1^{er}, 461.

2. Cet article a été abrogé par la loi du 29 juillet 1881. Cela résulte clairement des travaux préparatoires de cette loi. L'article 2 du projet qui énumérait les dispositions exceptées de l'abrogation générale prononcée par l'article 1^{er} du même projet, ne comprenait pas l'article 6 de la loi du 25 mars 1822. La Cour de cassation a, dans un *attendu*, d'un arrêt récent, constaté l'abrogation de cet article. Cass. crim., 15 mars 1883. Dalloz, 83, 1, 225.

cet article ont été, nous le savons, reproduites par les articles de la loi de 1881,) mais une publicité moins circonscrite dans ses éléments, et laissant aux juges du fait une plus grande latitude d'appréciation. » Les principes énoncés dans cet *attendu*, et qui sont désormais sans application à l'article 6 de la loi de 1822, (puisque cet article est abrogé) demeurent vrais, sous l'empire de la loi nouvelle, pour les délits d'offense aux chefs des Etats étrangers et d'outrage aux ambassadeurs de ces mêmes Etats. En effet les articles 36 et 37 relatifs à ces délits, disent simplement : « L'offense commise publiquement, » « l'outrage commis publiquement » ; ils ne se réfèrent pas aux articles 23 et 28 dont les dispositions restrictives sont dès lors inapplicables.

En résumé, la diffamation n'est un délit, que si elle a été rendue publique par l'un des moyens de publication limitativement énumérés par la loi. Partant de ce principe, il semblerait logique de conclure que la diffamation non publique ne constitue pas un fait punissable, et ne peut pas tomber sous le coup de la loi pénale. La jurisprudence en a décidé autrement. Des arrêts nombreux assimilent la diffamation non publique à l'injure non publique, et lui appliquent les peines portées par le onzième alinéa de l'article 471 du Code pénal (1). Nous ne pouvons adopter le système de la jurisprudence, car il applique une peine

1. Crim. cass., 25 février 1875. Dalloz, 1875, 1, 323 et 26 février 1875. Dalloz, 77, 1, 186. Voyez aussi les arrêts auxquels renvoient ces deux arrêts.

en l'absence de texte. La diffamation publique seule est expressément punie par la loi. Elle est muette pour la diffamation non publique ; donc la diffamation non publique est impunie. Sans doute il peut paraître bizarre que l'injure non publique soit punie, et que la diffamation non publique ne le soit pas. Mais pourquoi le législateur ne s'est-il pas expliqué, et n'a-t-il pas fait pour la diffamation ce qu'il avait fait pour l'injure ? Ce que le législateur n'a pas fait, le juge ne peut pas le faire. On ne peut pas fonder l'application d'une peine sur des raisons d'analogie. Du reste le diffamé, en cas de diffamation non publique, n'est pas laissé sans protection : il peut invoquer l'art 1382 du Code civil et demander les dommages-intérêts pour le préjudice qui lui est causé.

Abordons maintenant l'étude détaillée des art. 23 et 28 de la loi du 29 juillet 1889. Nous donnerons nos explications sur ce point en deux paragraphes. Le premier sera consacré à la publication par la parole ; le second à la publication par l'écriture.

§ 1. — *Publication par la parole*

La loi énumère les différentes expressions de la pensée par la parole. Ce sont les discours, cris et menaces. Il est utile d'entrer dans de longs développements pour expliquer ce qu'il faut entendre par les mots discours, cris et menaces. Le sens de ces mots est parfaitement clair pour tout le monde.

Ces discours, cris et menaces doivent avoir été proférés (1). Ce n'est pas sans intention que le législateur a employé cette expression. Dans le projet de loi de 1819 la rédaction était différente. Le mot proférés ne s'appliquait qu'aux cris et menaces. Pour les discours il suffisait qu'ils aient été tenus. Sur les observations d'un député, M. Jacquinot de Pampelune, le mot *tenus* fut supprimé, et le mot proférés se rapporta, dans le texte définitif, aux discours, cris et menaces. Voici les raisons qui furent données par M. Jacquinot de Pampelune (2) pour justifier ce changement de rédaction. « La publicité est-elle certaine quand il s'agit des discours tenus dans un lieu ou une réunion publique ? Si le discours a été tenu à voix basse, si celui qui l'a tenu, s'est borné à une simple confidence, en un mot, s'il n'y a pas eu de publicité réelle, peut-on assimiler un pareil fait à celui que la loi a voulu punir ? Le mot proférer comporte une idée de publicité beaucoup plus étendue que l'expression tenue dont je propose la suppression. D'ailleurs je le rapporte non-seulement au mot discours, mais aux deux substantifs cris et menaces, ce qui achèvera de compléter l'idée de la publicité. » Ainsi donc l'intention du législateur n'est pas douteuse : en employant le mot proférer il a voulu exclure, les conversations tenues à voix basse, les confidences, en un mot tous les propos qui, par la manière dont ils étaient tenus, ne paraissent

1. La loi romaine exigeait qu'il y ait eu vocifération. Loi 15, § 1. Dig., livre 47, tit. 10.

2. *Moniteur* du 17 avril 1819, page 458.

pas avoir été destinés à être entendus des assistants et des passants. C'est ce qui a été souvent décidé par la jurisprudence (1). Il a été notamment jugé que la communication à plusieurs personnes d'imputations diffamatoires (2) et qu'une conversation (3) tenue à voix basse même dans un lieu public, ne rentraient pas dans les termes de la loi.

Il ne suffit pas que les discours, cris ou menaces aient été proférés, il faut encore qu'ils l'aient été dans un lieu ou réunion publics. Cette condition de publicité du lieu ou de la réunion est commune à la publication par l'écriture. Nous allons rechercher successivement le sens de ces deux expressions lieu public et réunion publique.

Et d'abord qu'est-ce qu'un lieu public ?

Un lieu est public, lorsqu'il est accessible au public, c'est-à-dire à tout le monde, au premier venu et seulement pendant le temps où il est accessible au public. Peu importe que l'accès de ce lieu soit subordonné ou non à certaines conditions. Une rue, une place, un théâtre, une église sont des lieux publics. Un lieu privé devient un lieu public, lorsqu'il est ouvert au public.

Un auteur, qui jouit d'une très grande et d'une très légitime autorité (4), M. Chassan, a proposé une

1. Cass. crim., 1^{er} mars 1851. Dalloz, 51, 5^e, 417. Cass. crim., 2 juillet 1872. Dalloz, 74, 1, 398. Cass. crim., 26 février 1875. Dalloz, 77, 1^{er}, 186. Cour d'Amiens, 19 janvier 1883. *Journal la Loi* du 15 juillet 1883.

2. Cour de Caen, 13 mars 1878. Dalloz, 79, 2^e, 3.

3. Cour d'Alger, 9 juin 1877. Dalloz, 79, 5^e, 327.

4. Chassan, tome I, page 48 et suiv.

distinction des lieux publics en trois classes. La première contient ce qu'il appelle les lieux publics par nature, la seconde les lieux publics par destination, la troisième les lieux publics par accident. Les lieux publics par leur nature sont les rues, les places, etc., etc. Ils sont en tout temps et à tout moment accessibles au public. Les lieux publics par destination sont ceux qui sont tantôt publics, tantôt non publics comme les églises, les théâtres, suivant que le public peut ou ne peut pas y être admis. Les lieux publics par accident, sont les lieux privés, exceptionnellement ouverts au public.

Cette classification nous semble mériter quelques critiques. Quel est le but de M. Chassan, en divisant les lieux publics en trois classes? Il veut exprimer une idée, assurément très exacte, à savoir : que les lieux se sont pas *tous*, *continuellement* ouverts au public ; et qu'il y a des lieux publics qui ne sont accessibles au public qu'à certaines époques, ou d'une manière tout à fait exceptionnelle. Telle est l'idée, nous le répétons, fort exacte que veut exprimer M. Chassan. Mais il n'est pas nécessaire pour cela, d'employer les expressions de lieux publics par nature, de lieux publics par destination. Ces expressions ont le malheur d'être obscures et impropres. Qu'est-ce qu'un lieu public par nature? Qu'est-ce qu'un lieu public par destination? Est-ce que tous les lieux publics, tant qu'ils sont ouverts au public, ne sont pas publics par destination? Leur caractère de lieux publics résulte d'une destination à un usage public. Seulement, cette destination est comme l'utilité à

laquelle elle répond, tantôt perpétuelle et non interrompue, tantôt simplement habituelle, qu'elle soit périodique ou non, tantôt accidentelle. Il faut donc abandonner ces distinctions des lieux publics, en lieux publics par nature et par destination, et se borner à dire que les lieux publics sont de trois sortes : ceux qui sont continuellement accessibles au public, ceux qui le sont habituellement et ceux qui le sont accidentellement. Les lieux publics qui rentrent dans les deux dernières catégories sont des lieux privés, lorsqu'ils sont fermés au public.

Nous avons maintenant une question délicate à nous poser. La condition de publicité exigée par la loi est-elle remplie, par cela seul que le propos diffamatoire a été proféré dans un lieu public, alors même qu'il ne se trouvait dans ce lieu aucune personne au moment où le propos a été proféré ? Ou bien, au contraire, faut-il la réunion de plusieurs personnes ? Ou bien encore la présence d'une seule personne suffit-elle ?

Avant d'aborder la discussion de cette question, et l'exposé des différents systèmes auxquels elle a donné lieu, il importe de préciser les circonstances de fait dans lesquelles cette question peut se poser : il faut écarter comme impossible et absurde, l'hypothèse où l'auteur des propos se trouvait, lorsqu'il les a proférés, absolument seul, sans interlocuteur ni auditeur d'aucune sorte, et se parlant pour ainsi dire à lui-même. La question ne peut alors se poser, par cette raison, que la preuve est impossible. Il faut supposer plusieurs interlocuteurs en présence, deux

au moins : l'un est le diffamateur, l'autre la personne diffamée, ou une tierce personne. Les propos ont été proférés dans un lieu public, et dans ce lieu, au moment où les propos ont été proférés, il n'y avait que ces interlocuteurs ; aucune autre personne ne s'y trouvait. Ajoutons enfin que les faits sont établis, soit que le diffamateur les reconnaisse, soit que la preuve résulte des déclarations des interlocuteurs. Dans ces circonstances, la diffamation réunit-elle les conditions de publicité exigées par la loi ? Trois opinions sont en présence.

Dans un premier système, que nous croyons devoir adopter, on soutient que la diffamation est publique lorsqu'elle s'est produite dans un lieu public et par cela seul qu'elle s'est produite dans un lieu public. La circonstance qu'il ne se trouvait dans ce lieu aucune personne est absolument indifférente. Comme le dit très bien M. Parant (1) : « Le nombre des auditeurs n'y fait rien. Le délit existe par cela seul que le lieu est accessible à tout le monde que le coupable a parlé à haute voix et qu'il a pu dès lors être entendu de quiconque serait survenu. » Ce système trouve sa justification complète dans le texte même de la loi. Que dit en effet l'article 23 de la loi de 1881 ? Il dit : « dans des lieux ou réunions publics » reproduisant aussi les termes de l'article 1^{er} de la loi de 1819 qui reproduisait elle-même les termes de l'article 367 du Code pénal.

1. Parant. *Lois de la Presse*, page 88.

Lieux ou réunions publics. Insistons bien sur cette distinction établie entre les lieux et les réunions publics. Puisque la loi emploie deux mots différents, c'est que dans sa pensée, ces mots répondent à deux choses différentes. Donc autre chose, est un lieu public, autre chose une réunion publique (1). Pour que la diffamation soit légalement publique, il suffit qu'elle se soit produite dans un lieu ou dans une réunion publique. Telle est la conclusion à laquelle nous conduisent l'interprétation stricte et rigoureuse de notre article 23. Exiger, lorsque les propos sont préférés dans un lieu public, la présence d'une ou de plusieurs personnes, c'est ajouter au texte de la loi, c'est imposer une condition nouvelle, celle d'une réunion publique. Cette addition au texte de la loi, cette aggravation des conditions auxquelles est subordonnée la publicité de la diffamation, avait été indiquée, par un arrêt déjà ancien, de la cour de cassation : » *Attendu*, dit cet arrêt que (2) d'après le texte littéral de cet article, (l'article 367 du Code pénal) l'imputation de faits du genre de ceux qu'il désigne, n'a pas besoin pour constituer le délit de calomnie, d'être faite dans une réunion publique et qu'il suffit qu'elle le soit, dans un lieu que sa qualité de lieu public ouvre à tout le monde. »

En outre, le système que nous défendons a le mérite

1. Cette différence que nous établissons entre les lieux publics et les réunions publiques a été contestée. Pour certains auteurs il n'y a pas de distinction à établir. Voyez Dalloz. *Jurispr. générale*, mot : *Presse, outrage*, n° 535.

2. Crim. cass., 26 mars 1813. Sirey, 13, 1, 416.

d'éviter l'arbitraire dans lequel tombent inévitablement ceux qui adoptent l'autre opinion. Car en supposant admis en principe que le caractère public du lieu où les imputations ont été proférées, ne suffit pas pour donner à ces imputations la publicité requise par la loi, il reste deux questions subsidiaires à résoudre. Combien de personnes devront être présentes, cinq, dix, vingt, cent ? Ou bien se contentera-t-on de la présence d'une seule personne ? Autant de questions qui, à défaut de textes, ne peuvent être tranchées que par le caprice et la fantaisie de l'interprète. La jurisprudence avait adopté ce système dans le principe (1), mais elle n'a pas tardé à l'abandonner. Cette évolution de la jurisprudence remonte à une date déjà éloignée. C'est en effet en 1822 que se place le premier arrêt, qui, à notre connaissance, exige « que les propos aient frappé (2) l'oreille de plusieurs personnes, en quelque petit nombre qu'on veuille les supposer. » Depuis cet arrêt, l'abandon de la doctrine consacrée par l'arrêt de 1813 est définitif. Quel est maintenant le système de la jurisprudence ? Nous ne pouvons répondre à cette question d'une manière précise. Car, si la jurisprudence est unanime à décider que la diffamation n'est pas publique, au sens de la loi, par cela seul, qu'elle a été proférée dans un lieu public, elle est loin de montrer la même unanimité, en ce qui concerne l'application de ce principe. Faut-il la présence d'une personne ou de plusieurs personnes ? On

1. Cass. crim., 26 mars 1813. V. note précédente.

2. Cour de Bourges, 8 mars 1822. Sirey, 1^{re} série, 7^e volume, 2^e partie, 39

trouve des arrêts dans tous les sens. Il y a des arrêts qui se contentent d'une seule personne (1).

Il y en a d'autres qui décident que la présence de trois ou quatre personnes est suffisante, mais nécessaire (2). D'autres exigent, un plus grand nombre, en un mot une véritable réunion publique (3). Donc la jurisprudence, n'est pas fixée, et ajoutons qu'il est impossible qu'elle le soit jamais. Toutefois il semble résulter des nombreuses décisions que nous avons analysées, que la présence d'une seule personne n'est pas suffisante pour donner à la diffamation la publicité légale, qu'il faut pour cela la réunion d'un plus ou moins grand nombre de personnes. Quant à la détermination du nombre de personnes dont la présence est nécessaire, elle est laissée à l'appréciation du juge. Nous devons, pour donner une idée exacte et complète de l'état de la jurisprudence, faire remarquer que les jugements et les arrêts, qui exigeait la présence d'un certain nombre de personnes, sont intervenus, le plus souvent dans des espèces où la diffamation s'était produite dans un de ces lieux publics qui ne sont pas à tout moment et à toute heure accessibles au public, comme une auberge, un café, un

1. Cass. crim., 29 décembre 1865. Dalloz, 66, 1, 192. Cour de Riom, 13 novembre 1867. Dalloz, 67, 2, 233.

2. Cass. crim., 1^{er} août 1845. Dalloz, 45, 4, 415.

3. Cour de Caen, 8 janvier 1849. Dalloz, 51, 2, 117. Crim. cass., 27 sept. 1851. Dalloz, 51, 4, 417. Crim. cass., 14 août 1857. Dalloz, 63, 5, 298. Voyez encore un arrêt de la Cour de Douai du 28 juillet 1884. *Journal la Loi* des 4 et 5 août 1884.

magasin (1). Quant aux lieux publics continuellement accessibles au public, comme les rues, les places, c'est-à-dire, les lieux que M. Chassan, appelle publics par leur nature, certains arrêts, et notamment un arrêt assez (2) récent de la Cour de cassation, semblent se contenter de la présence d'une seule personne.

On comprendra facilement qu'il nous soit impossible de faire une énumération complète de tous les lieux qui ont été déclarés publics par les tribunaux. Nous nous bornerons à citer quelques exemples intéressants, nous référant, pour ceux que nous passons sous silence, aux auteurs qui ont traité de la diffamation (3).

Ainsi ont été déclarés lieux publics, une auberge (4), un magasin (5), un cercle (6), le greffe d'un tribunal (7), les bureaux d'une sous-préfecture (8), ceux des employés des chemins de fer (9), le bureau d'un receveur de l'enre-

1. Voyez les arrêts cités à la note précédente. Un arrêt, cité plus haut, et qui a été rendu par la cour de Riom, paraît implicitement admettre que, dans un café, la présence d'une seule personne, outre les deux interlocuteurs, est suffisante pour que la diffamation soit publique. V. Cour de Riom, 13 novembre 1867. Dalloz, 67, 2, 233.

2. Cass. crim., 29 décembre 1865. Dalloz, 66, 1, 192.

3. Chassan, tome I, page 47. Grattier, tome I, page 119. Grellet-Dumazeau, tome I, page 102 et suiv. et surtout le *Répertoire de jurisprudence* de Dalloz, au mot : *Presse, outrage*, n° 535 à 537 et n° 856-874.

4. Cass. crim., 19 février 1825. Sirey, 25, 1, 333.

5. Cour de Caen, 8 janvier 1849. Dalloz, 51, 2, 117.

6. Crim. cass., 14 août 1857. Dalloz, 63, 5, 298.

7. Crim. cass., 4 septembre 1823. Dalloz, *Rép. Presse, outrage*, n° 857

8. Crim. cass., 4 août 1826. Sirey, 27, 1, 128.

9. Crim. cass., 28 avril 1843. Sirey, 43, 1, 727.

gistrement (1), le bureau de la conservation des hypothèques (2), les couloirs de la chambre des députés (3), une réunion de créanciers (4).

Ont été déclarés non publics, la cour d'un presbytère (5), une diligence (6), le cabinet, l'étude d'un huissier et d'un avoué (7), une maison centrale ainsi que le prétoire de cette maison (8).

Il avait été également décidé par la jurisprudence que les séances des conseils municipaux n'étaient pas publiques et que, par suite, la diffamation qui se produisait au cours des délibérations d'un conseil municipal, ne remplissait pas les conditions de publicité requises par la loi (9). Il faut

1. Cour de Caen, 23 août 1871. Dalloz, 72, 2, 129.

2. Cass. crim., 5 août 1882. Dalloz, 83, 1, 43.

3. Cass. crim., 20 janvier 1883. *Journal la Loi* du 24 janvier 1883. Cet arrêt reconnaît qu'en principe les couloirs de la Chambre ne sont pas des lieux publics, mais qu'ils peuvent le devenir à raison de circonstances dont le jury est souverain appréciateur.

4. Cass. crim., 1^{er} février 1851. Dalloz, 51, 4, 418.

5. Crim. cass., 1^{er} mars 1833. Sirey, 33, 1, 505.

6. Cass. crim., 27 août 1831. Sirey, 32, 1, 114. La Cour de Douai, dans un arrêt récent, déclare implicitement qu'un wagon de chemin de fer est un lieu public.

7. Cour de Riom, 13 novembre 1867. Dalloz, 67, 2, 233.

8. Cour de Caen, 13 mars 1878. Dalloz, 79, 2, 3.

9. Crim. cass., 17 mai 1845. Dalloz, 45, 1, 347. Cass. crim., 25 juillet 1861. Dalloz, 61, 1, 455. Cour de Nancy, 22 novembre 1875. Dalloz, 78, 2, 28. La Cour d'Orléans, par un arrêt du 18 juillet 1835, avait décidé que les séances du conseil municipal devenaient publiques lorsque les propriétaires les plus imposés étaient appelés dans le conseil. Cette doctrine est inadmissible. L'appel des plus imposés ne change pas la nature des réunions du conseil municipal. Les conditions d'admission sont telles qu'on

drait décider autrement aujourd'hui, ou tout au moins faire une distinction. En effet, l'article 54 de la loi du 4 avril 1884 sur l'organisation municipale pose en principe que les séances des conseils municipaux sont publiques. Ce même article autorise le conseil municipal à se former en comité secret. Ce n'est que dans le cas où le conseil municipal s'est formé en comité secret, qu'il faut appliquer les décisions données par la jurisprudence, antérieurement à la loi du 5 avril 1884. L'ancienne jurisprudence reste encore vraie en ce qui concerne les séances du conseil municipal de Paris, lesquelles ne sont pas publiques ; en effet la loi du 5 avril 1884, comme on le sait, ne s'applique pas à la ville de Paris.

Nous avons dit qu'il faut que les propos diffamatoires soient proférés dans un lieu public. On peut donc conclure, qu'en principe, les propos proférés dans un lieu privé, même attaché à un lieu public, n'ont pas le caractère de publicité exigé par la loi. La jurisprudence apporte à cette règle une exception remarquable, et, selon nous, pleinement justifiée, lorsque l'auteur des propos diffamatoires proférés dans un lieu privé attaché à un lieu public, a eu l'intention de se faire entendre des personnes qui se trouvaient ou auraient pu se trouver dans le lieu public. En pareil cas il a été décidé, à trois reprises différentes (1),

ne peut dire que le premier venu a droit d'entrer au conseil. Sirey, 35, 2, 400.

1. Tribunal d'Alby, 1^{er} juin 1857. Dalloz, 58, 3, 64. Cour de Poitiers, 10 février 1858. Dalloz, 59, 2, 75. Cour d'Orléans, 14 juin 1869. Dalloz, 69, 2, 187.

que l'intention du diffamateur donnait à la diffamation la publicité qui lui manquait à raison du caractère privé du lieu où elle avait été proférée. Les jugements et les arrêts devront constater avec soin cette circonstance, que l'auteur de l'imputation diffamatoire a eu l'intention qu'elle fût entendue dans le lieu public ; à défaut de cette constatation, la diffamation ne pourrait être considérée comme publique.

Après avoir déterminé ce que la loi entend par lieux publics, demandons-nous maintenant ce qu'elle entend par les réunions publiques. Le législateur est complètement muet sur ce point ; et, dans aucun texte, nous ne trouvons une indication qui nous permette de fixer les caractères constitutifs d'une réunion publique. C'est donc aux tribunaux qu'incombe la mission de suppléer au silence du législateur, et de combler la lacune de la loi. Les tribunaux apprécieront d'après les circonstances de fait si une réunion est publique ou privée ; ils prendront en considération le lieu où la réunion s'est tenue et le nombre des personnes qui la composent. Ce sont là deux points certains . Il est bien évident, en effet, que la nature du lieu où la réunion s'est tenue, n'est point indifférente pour déterminer celle de la réunion elle-même ; et que, lorsqu'on dit réunion, cela implique nécessairement la présence de plusieurs personnes. Mais la publicité de la réunion résultera-t-elle de la publicité du lieu où elle se tient ? Ou bien résultera-t-elle simplement du nombre de personnes qui la composent ? Ou bien ne peut-elle résulter

que du concours de ces deux circonstances ? Nous ne pouvons répondre à ces questions, en formulant une règle générale. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la réunion n'est pas forcément publique, par cela seul qu'elle a lieu dans un endroit public ; de même qu'elle n'est pas publique, par cela seul qu'elle se compose d'un grand nombre de personnes.

La décision par laquelle un tribunal ou une cour attribue à une réunion le caractère de réunion publique ou de réunion privée, tombe, comme nous le verrons plus loin, sous le contrôle de la Cour de cassation. Les tribunaux et les cours d'appel sont souverains pour constater les circonstances de fait, mais il appartient à la Cour de cassation de rechercher, si les juges ont tiré de ces circonstances de fait, une fois constatées, les conséquences juridiques qu'elles comportent.

Certains auteurs (1) ont proposé de décider par application de l'art. 291 du Code pénal, qu'une réunion ne pourrait pas être publique si elle ne se composait pas de plus de vingt personnes. L'art. 291 du Code pénal ne considère comme illicite que la réunion de plus de vingt personnes. Il n'est pas besoin d'insister, pour démontrer combien un pareil système est arbitraire, et par suite inacceptable.

1. Dalloz, *Répertoire, Presse outrage*, n° 536.

§ 2. *Publication par l'écriture.*

La loi énumère, pour ainsi dire, toutes les formes différentes qu'est susceptible de revêtir la pensée de l'homme, lorsqu'elle s'exprime autrement que par la parole : ce sont les écrits, les imprimés, placards, affiches, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images (art. 23 et 28 de la loi de 1881). Les modes de publication prévus par la loi sont la vente et la distribution, la mise en vente ou l'exposition. Nous n'insisterons pas sur les mots, écrits, imprimés, placards etc. etc., et nous ne chercherons pas à en donner une définition, le sens de ces mots étant parfaitement clair. Nous insisterons, au contraire, sur chacun des modes de publication énumérés par la loi, et nous les étudierons successivement.

1° *Vente.* — Il suffira qu'un seul exemplaire de l'écrit ait été vendu, pour qu'il y ait publicité. En effet, l'intention de rendre publique la diffamation est dès lors évidente, puisque l'écrit a été livré moyennant argent au premier venu, et, si plusieurs écrits n'ont pas été vendus ce n'est pas la faute du vendeur. Il n'est pas nécessaire que la vente soit faite dans un lieu ou une réunion publique : c'est ce qui résulte d'un arrêt de la cour de cassation du 23 mars 1844. D'après l'un des considérants de cet arrêt, la vente et la distribution ne sont pas soumises « à la condition de publication dans un lieu ou réunion publique », cette condition n'est pas imposée qu'à la mise en vente et à l'exposition

(1). Cet arrêt a été rendu, il est vrai, sous l'empire de la loi de 1819 : mais comme la rédaction de l'art. de la loi de 1881, au moins dans cette partie relative à la vente, est identique à la rédaction de l'art. 1^{er} de la loi de 1819, il serait encore applicable aujourd'hui.

2° *Distribution.* — C'est la remise à une ou plusieurs personnes de l'écrit diffamatoire. Certains auteurs exigent pour qu'il y ait publicité, la remise à plusieurs personnes (2). Nous estimons au contraire que la remise à une seule personne suffit, pour que la condition de publicité soit remplie, surtout lorsque, ce n'est là que le premier acte d'une distribution destinée à être poursuivie ultérieurement ; ou lorsque l'écrit devait, dans l'intention de celui qui le remettait, être livré à la publicité. Ainsi il a été jugé que les lettres missives perdaient leur caractère confidentiel, et réalisaient la publicité exigée par la loi, lorsque les destinataires de ces lettres étaient priés de leur donner le plus de publicité possible (3). Il a été également décidé qu'il y avait publicité suffisante, dans le fait d'envoyer à plusieurs personnes, des lettres missives contenant des imputations diffamatoires contre un tiers (4).

Une question intéressante s'est posée devant les tribunaux en ce qui concerne les agences de renseignements. Les renseignements donnés par ces agences à leurs clients,

1. Cass. crim., 23 mars 1844. Sirey, 44, 1, 511.

2. Grellet-Dumazeau, tome I, page 139. V. En sens contraire, Chassan, tome I, page 44.

3. Cass. crim., 29 juillet 1858. Dalloz, 58, 5^e, 284.

4. Cour de Liège, 24 mai 1823. Dalloz, *Répert. Presse outrage*, 867.

doivent-ils être considérés comme ayant été rendus publics dans le sens de la loi ? Plusieurs arrêts sont intervenus sur cette question. Le système de ces arrêts peut se résumer dans les deux propositions suivantes : 1° En principe, il n'y a pas publicité toutes les fois que le renseignement était destiné, dans l'intention de celui qui le donnait, à rester secret (1). 2° Il en est autrement lorsque les bulletins de renseignements ont été l'objet d'une véritable distribution (2).

La Cour de Bourges, dans un arrêt tout récent, vient de décider que l'imputation diffamatoire contenue dans une pétition signée de plusieurs personnes, et adressée à l'autorité compétente, devait être réputée publique (3).

Il n'est pas nécessaire, pour que la distribution soit publique, qu'elle ait été faite dans des lieux ou réunions publiques (4).

Il n'y a publicité d'un écrit diffamatoire, qu'autant qu'il a été rendu public par l'auteur de cet écrit, ou d'après ses

1. Cour de Paris, 27 avril 1878. Dalloz, 79, 2^e, 38.

2. Cour d'Aix, 19 février 1869. Dalloz, 69, 2^e, 83. Cour de Paris, 19 mars 1869. Dalloz, 70, 2^e, 214.

3. Cour de Bourges, 1^{er} août 1883. *Journal la Loi*, 31 août 1883. Cour de Metz, 19 février 1867. Dalloz, 67, 2. 45. Rapprocher de ces arrêts, deux arrêts intéressants ; le premier est un arrêt de cassation, et est relatif à une demande en radiation de liste électorale, 27 janvier 1866. Dalloz, 66, 1, 237. Le second est un arrêt de la Cour de Bourges, relatif à la diffamation contenue dans une protestation contre une élection, adressée à la Chambre des députés, 14 janvier 1879. Dalloz, 79, 2, 149.

4. Cass. crim., 17 août 1839. Sirey, 39, 1, 978. Cass. crim., 23 mars 1844. Sirey, 44, 1, 511.

ordres ou son consentement. Si l'écrit a été publié contrairement à l'intention de son auteur, sans son ordre ou sans son consentement, il ne peut y avoir lieu à poursuite, à diffamation (1).

3° *Mise en vente*. D'une manière générale, on peut dire qu'il y a mise en vente, toutes les fois qu'il est possible au premier venu de se procurer moyennant argent, l'écrit diffamatoire. C'est aux tribunaux qu'il appartient de décider souverainement, suivant les circonstances, s'il y a eu mise en vente ou non. La mise en vente doit avoir été faite dans des lieux ou réunions publiques, mais il n'est pas nécessaire que les écrits aient été offerts aux regards du public. Il faut en effet, éviter de confondre la condition de mise en vente dans un lieu ou dans une réunion publique, avec la condition d'exposition aux regards du public. On comprend très bien, la possibilité d'une mise en vente dans des lieux ou réunions publiques, sans que les écrits soient exposés aux regards du public.

4° *Exposition dans des lieux publics*. Il faut également, se garder de confondre cette condition d'exposition dans un lieu public, avec l'exposition aux regards du public. Il suffit qu'un écrit se trouve dans un lieu ou dans une réunion publique, où le premier venu peut en prendre connaissance, et il n'est pas nécessaire qu'il soit placé de manière à attirer le regard et à s'imposer en quelque sorte à l'attention du public.

1. Crim. cass., 16 février 1829. Sirey, 29, 1, 151. Cour de Paris, 27 avril 1878. Dalloz, 79, 2, 38.

Pour les placards et les affiches, la loi n'exige pas qu'ils aient été exposés dans un lieu ou dans une réunion publics ; elle se contente simplement de l'exposition aux regards du public. Pourvu que le placard ou l'affiche soit exposé de telle sorte, qu'il puisse être vu par le public, il importe peu qu'il soit placé dans un lieu privé ou public.

Le dépôt d'un écrit dans un lieu public ne doit pas toujours être considéré comme une exposition dans le sens de la loi. Ainsi une citation qui contient des imputations diffamatoires, n'a pas reçu la publicité exigée par la loi, par cela seul qu'elle a été déposée au bureau de l'enregistrement, et qu'elle a été enregistrée (1). Nous savons que la jurisprudence regarde comme lieu public le greffe d'un tribunal. Partant de cette idée, la cour de cassation avait décidé, que la consignation sur les registres du greffe d'une plainte contenant des imputations diffamatoires constituaient une exposition dans un lieu public (2). La cour de cassation est revenue sur la jurisprudence qu'elle avait établie par ce premier arrêt ; et, dans un arrêt récent, elle a reconnu que l'inscription d'un acte d'appel sur les registres du greffe, ne pouvait en rien être assimilée à une exposition dans un lieu public (3).

1. Crim. cass., 22 février 1839. Sirey, 39, 1, 407. Rapprocher un arrêt de cassation du 25 novembre 1859. Dalloz, 59, 1, 513, d'après lequel la publicité d'articulations diffamatoires insérées dans un procès verbal d'offres réelles, ne résulte pas de ce qu'il a été rédigé dans une étude d'huissier, signifié dans une autre étude et présenté à l'enregistrement.

2. Crim. cass., 22 août 1828. Sirey, 28, 1, 337.

3. Crim. cass., 20 décembre 1873. Dalloz, 74, 1, 393.

Un acte émané de l'autorité publique, et contenant des imputations qui portent atteinte à l'honneur ou à la considération de certaines personnes peut être poursuivi comme diffamatoire, s'il a été exposé dans les lieux publics. C'est ce qui a été admis, en ce qui concerne un arrêté préfectoral, par les cours d'Angers (1) et d'Orléans (2) et par la cour de cassation (3).

La publicité ne résulte ni du simple dépôt à la poste d'une carte postale contenant des imputations diffamatoires ; ni de la remise qui est faite de cette carte par les employés de la poste. Il n'y a pas à s'arrêter à cette considération que la carte postale n'est pas renfermée dans une enveloppe et qu'ainsi elle peut être lue. La poste n'est pas un lieu public ; de plus les employés de la poste sont obligés au secret. La jurisprudence est fixée en ce sens (4). Mais il a été décidé, que cette publicité était réalisée et que par suite on se trouvait en présence d'une véritable diffamation, lorsque la carte postale avait été adressée au destinataire dans un établissement public, comme un café (5). Dans tous les cas, l'envoi d'une carte postale contenant des impu-

1. Cour d'Angers, 17 novembre 1871. Dalloz, 73, 1^{re}, 288.

2. Cour d'Orléans, 28 juin 1872. Dalloz, 73, 1^{re}, 291.

3. Crim. cass., 25 janvier 1873. Dalloz, 73, 1^{er}, 293.

4. Tribunal de Dieppe, 23 mai 1873, et Cour de Rouen, 24 juillet 1873. Dalloz, 74, 2, 28. Tribunal de Montpellier, 2 février 1876. Dalloz, 78, 3, 7. Cass. crim., 4 mai 1883. Dalloz, 83, 1, 482.

5. Tribunal de la Seine, 2 juillet 1873. Dalloz, 74, 3, 79. Rapprocher un jugement du tribunal de la Seine du 14 mars 1883. *Journal la Loi*, 16 mars 1883.

tations diffamatoires ou injurieuses donne lieu à une action fondée sur l'article 1382 du code civil (1).

Nous avons gardé pour la dernière, une question très intéressante, qui a donné lieu à de nombreux arrêts. Le registre des délibérations d'un conseil municipal, déposé aux archives de la commune, est-il un écrit exposé dans un lieu public et, par suite, l'insertion dans les procès verbaux inscrits sur ces registres d'imputations diffamatoires, constitue-t-elle le délit de diffamation? Dès le début (2) presque tous les tribunaux et les cours d'appel se prononcèrent pour l'affirmative. Seule, la cour de Rouen adopta la négative (3). L'affirmative se justifiait par les considérations suivantes. Le bureau d'une mairie est certainement un lieu public. Tout habitant de la commune a droit de demander communication des registres des délibérations du conseil municipal. Donc ce registre est véritablement un écrit exposé dans un lieu public. La cour de cassation ne s'est pas rendue à ces raisons, décisives selon nous, et elle a refusé de voir dans le dépôt du registre aux archives de la commune les caractères de l'exposition dans un lieu public (4). Mais la cour de cassation a décidé que la publicité, qui ne résultait pas du simple dépôt du registre dans

1. Tribunal de la Seine, 28 juin 1883. *Journal la Loi*, 25 août 1883.

2. Cour de Poitiers, 31 janvier 1873. Dalloz, 75, 2, 78. Cour d'Amiens, 14 janvier 1875. Dalloz, 75, 2, 78. Cour de Poitiers, 12 février 1875. Dalloz, 75, 2, 78-79. Bastia, 23 décembre 1875. Dalloz, 76, 5, 352.

3. Cour de Rouen, 22 mars 1851. Dalloz, 52, 2, 199.

4. Cass. civ., 19 janvier 1875. Dalloz, 75, 1, 321. Crim., 25 février 1875. Dalloz, 75, 1, 321-323. Crim., 6 août 1875. Dalloz, 76, 1, 461-462.

le bureau de la mairie, pouvait résulter de circonstances, concomitantes ou postérieures à ce dépôt, notamment de ces deux circonstances que le secrétaire de la mairie a donné lecture à plusieurs personnes du registre des délibérations, et que ledit registre était déposé sur une table où le premier venu pouvait le consulter (1). Les tribunaux et les cours d'appel se sont résignés à entrer dans la voie qui leur a été indiquée avec une si grande énergie par la cour de cassation (2).

Terminons cette partie de nos études, en exposant d'une manière sommaire les attributions respectives des juges du fond et de la Cour de cassation en ce qui concerne la publicité. Jusqu'à une date récente, on aurait pu croire que la Cour de cassation ne se reconnaissait pas le droit de contrôler les décisions des juges au point de vue spécial de la publicité. Certains arrêts concluaient en effet, de la manière la plus explicite et la plus positive, au pouvoir souverain des juges du fond non-seulement pour la constatation des circonstances de fait, mais encore pour la qualification de ces circonstances une fois constatée. Voici par exemple les considérants d'un arrêt rendu en 1822 : « *Attendu*, dit cet arrêt, que la loi ne définit pas la publicité qu'elle exige comme un des éléments constitutifs de la diffamation, qu'ainsi elle abandonne à l'*appréciation* de la

1. V. le dernier arrêt cité à la note précédente.

2. Tribunal du Puy, 27 novembre 1876. Dalloz, 77, 5, 353. Cour de Nancy, 22 novembre 1875. Dalloz, 78, 2, 28, et même volume, page 31.

nature et de la réalité de cette circonstance à la conscience du magistrat ; que dès lors l'examen de cette appréciation ne rentre pas dans les attributions de la Cour, et par conséquent ne saurait donner ouverture à cassation (1). • On ne saurait imaginer une formule plus claire. Un autre arrêt aurait pu être invoqué pour démontrer que la Cour de cassation n'avait pas le droit d'apprécier si un lieu est public ou privé (2). La doctrine qui se dégageait de ces arrêts n'était pourtant pas celle qui en fait était suivie par la Cour de cassation. Comment en effet expliquer, s'il en eut été autrement, les nombreux arrêts, par lesquels la Cour de cassation décidait que telle circonstance était suffisante pour constituer la publicité, que telle autre circonstance était insuffisante, que tel lieu était public, que tel autre lieu au contraire était un lieu privé ? On ne pouvait les expliquer, qu'en accordant à la Cour de cassation un droit de contrôle, dont la doctrine que nous venons de résumer était la négation directe. Il manquait donc à la véritable doctrine de la Cour de cassation, d'avoir été exposée avec précision et clarté. Ce fut seulement en 1859 que cette doctrine fût formulée, et que la Cour de cassation mit en relief les principes qu'elle appliquait depuis de longues années. Ces principes sont au nombre de deux : 1° les juges du fond ont le droit souverain de constater les circonstances du fait ; 2° la qualification donnée aux circons-

1. Cass. crim., 29 mars 1822. Dalloz, *Répert. Presse outrage*, n° 871.

2. Cass. crim., 27 décem. 1823. Dalloz, *Ibid.*

tances ainsi constatées tombe sous la censure de la Cour de cassation (1).

La publicité étant un élément constitutif de la diffamation doit, à peine de nullité être constatée dans le jugement ou l'arrêt (2). Mais il n'est pas nécessaire que la publicité soit relevée d'une manière spéciale en termes explicites et formels ; il suffit qu'elle résulte de l'ensemble des énonciations du jugement ou de l'arrêt (3).

SECTION IV

Intention de nuire.

Comme un grand nombre de faits punis de peines correctionnelles, la diffamation n'est punissable qu'autant qu'elle a été commise avec l'intention de nuire. Ce que la loi pénale frappe n'est moins le fait que l'intention coupable qui a déterminé à agir. Donc, sans intention de nuire, pas de diffamation. Il n'y a sur ce point aucun désaccord entre les auteurs et la jurisprudence. Comment pourrait-il en être autrement ? Le principe que nous avançons n'est-il pas un des principes fondamentaux de notre droit criminel. Tout le monde est unanime. La jurisprudence, comme

1. Cass. crim., 25 novembre 1859. Dalloz, 59, 1, 513.

2. Crim. cass., 7 janvier 1826. Sirey, nouvelle série, 8, 1, 253.

3. Cass. crim., 5 juin 1869. Dalloz, 70, 1^{re}, 235. Rapprocher de cet arrêt un arrêt de cassation du 26 janvier 1826. Sirey, nouvelle série, 8, 1, 267.

l'attestent de nombreux arrêts (1), veille avec le plus grand soin à l'observation de ce principe.

L'intention de nuire ne doit pas être confondue avec la mauvaise foi. Le diffamateur peut avoir cru à la vérité des imputations diffamatoires qu'il publiait, la diffamation n'en existe pas moins pour cela, parce que l'intention de nuire est évidente. C'est ce qui a été décidé en plusieurs circonstances (2) et notamment par un arrêt de la cour de Rouen dont l'un des considérants contient la distinction entre la mauvaise foi et l'intention de nuire, ainsi que la raison juridique de cette distinction :

« Attendu dit la cour, que la bonne foi résultant de la conviction qu'aurait l'inculpé de la vérité des faits par lui imputés, ne suffirait pas à elle seule, pour anéantir le délit de diffamation, car ce serait reconnaître que le délit ne peut exister avec la vérité des faits imputés » (3).

La cour de cassation reconnaît aux juges du fond un pouvoir souverain, pour décider si la diffamation a été commise avec ou sans intention de nuire (4).

1. Crim. cass., 10 mai 1821. Sirey, nouvelle série, 6, 1, 434. Crim. cass., 16 mars 1850. Dalloz, 50, 1, 94. Crim. cass., 18 octobre 1850. Dalloz, 51, 5, 415. Crim. cass., 17 mai 1858. Dalloz, 58, 1, 247. Crim. cass., 31 décembre 1863 et 17 mars 1864. Dalloz, 64, 1, 103 et 104.

2. Cour de Paris, 4 mars 1837. Dalloz, *Rép. Presse outrage*, 883. Cour de Rouen, 30 décembre 1841. Sirey, 42, 2, 55.

3. Cour de Rouen, 5 novembre 1846. Dalloz, 46, 5, 415.

4. Crim. cass., 16 mars 1850. Dalloz, 50, 1, 94. Crim. cass., 7 août 1852.

Nous ne pouvons énumérer les circonstances, les conditions dont la jurisprudence fait résulter l'intention ou l'absence d'intention de nuire ; il nous est également impossible de relier entre elles toutes les décisions judiciaires, à l'aide de principes généraux. Nous pouvons seulement prendre quelques hypothèses particulièrement intéressantes, et en faisant connaître les solutions qu'elles ont reçues, donner une idée du pouvoir des juges, et de la manière dont ce pouvoir s'exerce. Voici par exemple une hypothèse qui s'est présentée plusieurs fois devant les tribunaux. Une personne vient d'être victime d'un vol. Sous l'empire de l'émotion, de la surexcitation causée par le vol commis à son préjudice, cette personne accuse un tiers d'être le voleur. Tous les éléments de la diffamation se trouvent réunis, imputation d'un fait déterminé, atteinte à l'honneur et à la considération d'une personne. Nous supposons d'un autre côté que l'imputation a été publique. En pareille circonstance, il semble que la condamnation du prévenu de diffamation ne peut faire aucun doute. Il n'en est rien, et, il est arrivé souvent que les juges ont acquitté le prévenu, à raison de l'état d'esprit dans lequel il se trouvait, état d'esprit qui excluait de lui-même l'intention de nuire (1). Les juges paraissent considérer les imputations

Dalloz, 52, 5, 437. Crim. cass., 18 juillet 1851. Dalloz, 51, 5, 416. Crim. cass., 17 mai 1858. Dalloz, 58, 1, 248. Crim. Cass. 31 décembre, 63 et 17 mars 1864, Dalloz, 64, 1, 103 et 104. Crim. cass. 23 mai 1874. Dalloz, 75, 1, 233. Crim. cass., 11 août 1877. Dalloz, 79, 1, 236.

1. Crim. cass., 25 août 1864. Dalloz, 65, 1, 319. Crim. cass., 11 août 1877. Dalloz, 79, 1, 236.

diffamatoires proférées à ce moment, par la victime du vol, plutôt comme un acte de recherche de l'objet volé, que comme une incrimination dirigée contre le prétendu voleur.

L'intention de nuire a été écartée par certains jugements et certains arrêts, dans des circonstances où il paraissait difficile de l'écarter, notamment dans les circonstances suivantes. Un individu est accusé par un autre, d'avoir volé du bois dans un chantier. Une instruction est ouverte, elle aboutit à une ordonnance de non lieu. Le prétendu voleur poursuit alors celui qui l'avait accusé de vol, comme s'étant rendu coupable de diffamation à son égard. Les premiers juges et la cour d'appel de Riom (1) acquittèrent le prévenu de diffamation par cette considération qu'il n'avait pas agi dans l'intention de nuire. L'intention de nuire semblait cependant bien évidente dans cette hypothèse. Le motif qui a déterminé la cour de Riom à écarter l'intention de nuire, nous est indiquée dans le texte de l'arrêt de cette cour : c'est que l'ordonnance de non lieu dont avait bénéficié l'individu accusé de vol, constatait qu'il y avait eu des indices suffisants ». C'est là qu'il faut chercher la raison qui a déterminé l'acquittement des prévenus de diffamation. La cour de Riom a tenu le raisonnement suivant : il y avait des indices suffisants du vol ; les prévenus ont pu croire qu'un vol avait été réellement

1. Cour de Riom, 8 novembre 1883. Dalloz, *Rép. Presse outrage*, n° 882 Rapprocher un arrêt de cassation du 8 novembre 1861. Dalloz, 62, 1, 385.

commis ; et l'imputer avec vraisemblance à une personne déterminée. Donc ils sont innocents. Ce raisonnement est vicieux : car une imputation diffamatoire peut être vraie, elle ne cesse pas pour cela d'être un délit ; et la croyance à la vérité des faits imputés, se concilie très-bien, comme nous l'avons fait remarquer tout à l'heure, avec l'intention de nuire.

Quoique la provocation ne soit pas une excuse de la diffamation, les juges peuvent cependant relever cette circonstance, et en conclure que la diffamation a été commise sans intention de nuire. C'est ce qui a été décidé pour des propos diffamatoires proférés dans une réunion de créanciers, au milieu d'un échange d'explications fort vives (1).

En ce qui concerne la diffamation commise par la voie de la presse, la jurisprudence se montre en général assez indulgente, et écarte assez facilement l'intention de nuire. On peut dire, pour justifier cette jurisprudence, que les journalistes cherchent bien moins à porter atteinte à l'honneur et à la considération des personnes, qu'à satisfaire la curiosité de leurs lecteurs ; que la plupart du temps les personnes désignées dans les articles sont inconnus des journalistes ; que pour ces deux raisons, ils n'ont pas l'intention de nuire. Maints arrêts paraissent avoir été dictés par ces considérations (2). Il y a au contraire, d'autres arrêts,

1. Crim. cass., 21 avril 1864. Dalloz, 65, 5, 305.

2. Cass. Req., 17 mai 1858. Dalloz, 58, 1, 248. Cour de Montpellier, 4 juin 1861. Dalloz, 61, 1, 385.

peu nombreux il est vrai, qui n'hésitent pas à affirmer l'intention de nuire lorsque les articles « n'ont eu pour but que de satisfaire une vive et stérile curiosité (1). »

Dans tous les cas où les juges déclarent qu'il n'y a pas diffamation parce que l'intention de nuire fait défaut, il n'y a pas non plus la contravention d'injure simple prise par l'article 471-2° du Code pénal. Car cette contravention ne peut exister, qu'autant qu'il y a eu intention malveillante (2).

Comment la preuve de l'intention de nuire devra-t-elle être faite ? La cour de cassation pose en principe, que la diffamation est présumée commise avec l'intention de nuire. Ce principe formulé, en matière de diffamation, pour la première fois, en 1821 (3) a été maintenu depuis, avec la plus grande fermeté, par la cour de cassation, ainsi que l'attestent de nombreux arrêts, dont quelques-uns remontent à une date récente (4). Ce principe est d'ailleurs parfaitement juste et c'est ce qu'il est très facile de démontrer. Des imputations portant atteinte à l'honneur et à la considération ont été dirigées contre une personne. Comment expliquer ces imputations ? Soutiendra-t-on qu'elles ont été pro-

1. Cour de Rouen, 30 décem. 1841. Sirey, 42, 2, 55. Cour de Paris, 4 mai 1837. Dalloz. *Rép. Presse outrage*, 883. Cour de Paris, 17 juillet 1874. Dalloz, 75, 5, 345, 346.

2. Crim. cass., 11 août 1877. Dalloz, 79, 1, 236.

3. Crim. cass., 15 mars 1821. Sirey, nouvelle série, 6, 1, 398.

4. Crim. cass., 17 mai 1858. Dalloz, 58, 1, 248. Crim., 18 juin 1874. Dalloz, 75, 1, 398. Crim. cass., 10 novembre 1876. Dalloz, 77, 1, 44. Crim. cass., 26 février 1875. Dalloz, 77, 1, 186. Crim. cass., 10 février 1883. Dalloz, 83, 1, 364.

férées par inadvertance, d'une manière en quelque sorte indifférente? Etant données les conditions légales de la diffamation, cette thèse est difficile, sinon impossible à défendre? Dira-t-on au contraire que ce diffamateur a agi dans l'intérêt du diffamé? Nous écartons une telle prétention, comme absolument invraisemblable. Reste une troisième explication, à laquelle s'est arrêtée la cour de cassation. L'imputation diffamatoire est dictée par une intention méchante, et l'intention de nuire est prouvée par cela même, que l'on prouve que les propos diffamatoires ont été tenus. Deux éléments de la diffamation se trouvent donc établis d'un seul coup, les imputations diffamatoires et l'intention de nuire.

De ce principe que l'intention de nuire est présumée de droit dans la diffamation, la Cour de cassation a logiquement déduit les deux conséquences suivantes :

1° C'est au prévenu de diffamation qu'il appartient de prouver qu'il a agi sans intention de nuire. Cette conséquence a été formulée dans un arrêt de 1877 dont nous extrayons les considérants que voici : • *Attendu*, dit la cour, qu'en matière de diffamation, les imputations ayant ce caractère sont réputées de droit articulées avec l'intention de nuire ; que le jugement attaqué a été d'autant plus fondé à appliquer ce principe que, d'après ses constatations, le prévenu n'avait allégué *aucune circonstance* propre à infirmer la présomption qui s'élevait contre lui (1). •

1. Crim. cass., 26 février 1875. Dalloz, 77, 1, 186. Voyez aussi Crim.

2° La constatation faite par les juges des imputations diffamatoires emporte par elle-même la déclaration de l'intention de nuire ; une déclaration expresse que le prévenu de diffamation a agi dans une intention méchante est inutile. Il suffit que les juges du fond n'écartent pas l'intention de nuire ; ce silence équivaut à une affirmation. C'est ce qui résulte de plusieurs arrêts, et notamment des deux arrêts suivants. Le premier décide que « l'intention de nuire (1) ressort suffisamment de la déclaration de culpabilité, sans qu'il soit besoin que le juge du fait constate explicitement cette intention de nuire du moment qu'il ne la dénie pas. » Le second considère comme équivalente à la déclaration de l'intention de nuire, l'admission des circonstances atténuantes (2). Il a été jugé, cependant, qu'il ne suffisait pas de qualifier les expressions employées dans une publication d'expressions excessives, et qu'une pareille appréciation, n'impliquait pas l'intention de nuire (3). La Cour de cassation, pousse très loin l'application du principe que l'intention de nuire est présumée de droit. Tout en reconnaissant aux juges du fait un pouvoir souverain, la Cour de cassation exige qu'ils donnent dans leurs décisions une justification de la manière dont ils exercent ce pouvoir. C'est ainsi qu'elle a déclaré dans un arrêt : « Qu'il ne suffit pas au juge du fait de se borner à une simple affir-

cass., 27 juin 1851. Dalloz, 51, 5, 416. Crim. cass. 10 mai 1821. Sirey, nouvelle série, 6, 1, 434 et un arrêt du 24 août 1846. Dalloz, 46, 1, 382.

1. Crim. cass., 4 août 1865. Dalloz, 66, 5, 366.

2. Cass. crim., 18 juillet 1851. Dalloz, 51, 5, 416.

3. Cass. crim., 19 février 1870. Dalloz, 74, 5, 392.

mation contraire (que le prévenu a agi sans intention de nuire), mais qu'il est indispensable qu'il fonde cette affirmation sur l'énonciation de faits justificatifs suffisants pour la faire accueillir (1). • Un autre arrêt de la Cour de cassation du mois de juin 1884 reproduit la même décision (2).

Un auteur, M. Grellet-Dumazeau, a voulu poser, dans notre matière, des règles générales. D'après M. Grellet-Dumazeau, l'intention de nuire résulte nécessairement de certaines circonstances, il y a au contraire d'autres circonstances, d'où résulte la présomption que l'auteur des imputations a agi sans intention de nuire. Par exemple, l'intention de nuire ne doit pas être présumée, lorsque les imputations diffamatoires émanent d'un fonctionnaire public, et qu'elles sont dirigées contre un subordonné. De même encore, on ne doit pas présumer qu'un maître a voulu diffamer son domestique. Dans cette dernière hypothèse M. Grellet-Dumazeau distingue suivant que les propos prétendus diffamatoires ont été provoqués ou non par une demande de renseignement. Dans le premier cas, l'intention de nuire ne doit pas être présumée, elle doit l'être dans le second (3) Toutes ces distinctions peuvent être ingénieuses, mais elles sont inexactes et inadmissibles.

1. Cass. crim., 2 août 1873. Dalloz, sous l'arrêt cité au tome 77, 1, 186.

2. Cass. crim., 1 juin 1884. *Journal la Loi*, 19 juin 1884. Rapprocher de cet arrêt l'arrêt du 26 février 1875. Dalloz, 77, 1, 186.

3. Grellet-Dumazeau. Tome 1, page 155.

Répétons-le toutes les questions d'intention sont des questions de fait, donc la solution dépend uniquement des circonstances et il est aussi inutile que dangereux de poser, en pareille matière, des règles générales.

Troisième partie

Des différentes classes de personnes qui peuvent être diffamées.

La loi prescrit et punit la diffamation contre les personnes physiques, contre les personnes morales et même contre les simples collections d'individus, qui ne constituent pas des personnes morales. C'est ce qui résulte des termes de l'article 29 qui définit la diffamation, l'imputation ou l'obligation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. L'expression *corps* employée par le législateur, est assez large pour s'appliquer à toutes les associations, collections, réunions de personnes, unies entre elles par un intérêt commun, quelle que soit d'ailleurs la nature de cet intérêt. Ainsi les sociétés, qu'elles soient ou non des personnes civiles (1), les congrégations religieuses constituent un corps dans le sens de la loi (2). Il a même été décidé et avec raison que la

1. Cass. crim., 10 août 1865. Dalloz, 66, 1, 361. Cass., 1^{er} août 1879. Dalloz, 80, 1, 142.

2. Cass. crim. 29 janvier 1875. Dalloz, 75, 1, 395. Cour de Bourges du 24 novembre 1881. Dalloz, 83, 2, 189.

collectivité des curés d'un département formaient un corps au point de vue de la diffamation (1).

Il faut distinguer avec la loi, suivant que la diffamation est commise, contre les cours, tribunaux, les corps constitués etc. etc. (art. 30 de la loi de 1881), ou bien contre des ministres, des députés, des sénateurs, des fonctionnaires publics, des citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public (art. 31 *ibid.*) ou bien contre les directeurs, administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière, faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit (art. 35 2^e alinéa *ibid.*) ou bien enfin contre de simples particuliers (art. 32 *ibid.*).

Cette distinction, tenant à la qualité des personnes diffamée, présente un triple intérêt au point de vue de la compétence et de la procédure, au point de vue de la preuve des faits diffamatoires, enfin au point de vue de la pénalité. En effet, suivant que le diffamé est une des personnes visées par les articles 30 et 31 de la loi de 1881, ou suivant qu'il est un simple particulier, le procès en diffamation est de la compétence de la cour d'assises, ou de la

1. Cass. crim., 16 août 1879. Dalloz, 80, 1, 144. Jugement du tribunal de Moulins du 21 mai 1884. V. *la Loi* du 1^{er} juillet 1884.

2. La législation antérieure à la loi de 1881 faisait une place à part à la diffamation envers les agents diplomatiques des gouvernements étrangers accrédités près du gouvernement français. V. art. 17 de la loi du 17 mai 1819. Depuis la loi de 1881, le délit de diffamation contre les agents diplomatiques étrangers est légalement impossible. La loi ne prévoit plus que le délit d'outrage commis publiquement contre les agents diplomatiques, art. 37 de la loi de 1881.

juridiction correctionnelle, la preuve de la vérité des faits diffamatoires est autorisée ou interdite, les peines prononcées par la loi sont plus ou moins graves. Cette distinction a donc une grande importance, et mérite de fixer notre attention. Nous diviserons nos études sur ce sujet en plusieurs sections. Chacune d'elles sera consacrée à l'une des différentes catégories de personnes énumérées par la loi. Nous déterminerons dans une première section ce qu'il faut entendre par ces mots, tribunaux — corps constitués, administrations publiques. Dans une seconde section nous efforcerons de préciser le sens des diverses expressions employées dans l'article 31 et notamment de celles-ci : fonctionnaires publics, agents ou dépositaires de l'autorité publique, citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public. Dans une troisième section nous chercherons la signification de ces mots : directeur ou administrateur de toute entreprise industrielle, commerciale financière faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit. La quatrième section sera consacrée aux simples particuliers, et la cinquième, à la diffamation envers les morts.

SECTION I

De la diffamation envers les cours, les tribunaux, les armées de terre et de mer, les corps constitués et les administrations publiques.

L'article 30 prévoit et punit la diffamation contre les

cours, tribunaux, les armées de terre et de mer..... corps constitués. Le sens des premiers mots de cet article est parfaitement clair ; et il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point. Faisons cependant deux observations. 1° Il faut entendre les expressions cours et tribunaux dans leur sens large (1). Ces expressions doivent être considérées comme s'appliquant à toutes les juridictions, aussi bien aux juridictions de droit commun qu'aux juridictions d'exception, aux tribunaux civils et de commerce, aux conseils de préfecture, aux cours d'appel, à la cour de cassation, à la cour des comptes, au conseil d'Etat, aux juridictions militaires ; 2° Avant la loi de 1881 on discutait la question de savoir si la loi accordait aux armées de terre et de mer, la même protection qu'aux cours et tribunaux. La raison de douter tenait à l'obscurité des expressions employées par l'article 5 de la loi du 17 mars 1822. Fallait-il assimiler les armées de terre ou de mer à un corps constitué, ou à une autorité publique. La cour d'appel d'Alger et la cour de Paris s'étaient prononcées pour la négative (2), la cour de cassation avait adopté l'affirmative (3). En accordant une mention spéciale aux armées de terre et de mer, le législa-

1. L'article voté par la chambre des députés disait : les cours d'appel. Le Sénat a mis les cours, parce que cette expression générique comprend les autres cours, la cour des comptes et la cour de cassation (rapport de M. Pelletan). Annexes du Sénat. *Journal officiel*, 462.

2. Cour d'Alger, 24 juillet 1873. Cour de Paris, 8 décembre 1874. Dalloz, 76, 2, 21 et 22.

3. Crim. cass., 9 février, 1877. Dalloz, 77, 1, 414.

teur de 1881 a fait cesser tous les doutes, et prévenu toute controverse (1).

Corps constitués. — Que faut-il entendre par corps constitués ? Tout le monde est d'accord pour accepter la définition qui a été proposée par M. de Grattier (2). « Les corps constitués, sont ceux auxquels la constitution et les lois organiques, qui en forment le complément, ont attribué une partie de l'autorité ou de l'administration publique. » Le Sénat, la chambre des députés, les conseils généraux, municipaux, d'arrondissement sont des corps constitués ; car ils sont constitués, c'est-à-dire créés, établis par une loi. Il ne suffit pas pour qu'un corps soit considéré, comme corps constitué, qu'il ait été créé ou reconnu par une loi, il faut en outre, ainsi que cela ressort de notre définition, que la loi lui attribue une partie de l'autorité ou de l'administration publique. C'est ainsi que les chambres des notaires ne sont pas des corps constitués, quoiqu'elles tiennent leur existence de la loi (3). Ajoutons enfin qu'il faut que la réunion du corps constitué soit normalement possible. Cette condition résulte implicitement de l'article 47, 2^e alinéa de la loi, qui, en cas de diffamation contre les corps constitués, subordonne la poursuite, à une délibération prise en assemblée générale, et requérant la poursuite. C'est par application de cette idée, qu'il a été jugé, et avec

1. Rapport de M. Lisbonne à la Chambre des députés. Circulaire du Garde des sceaux du 9 novembre 1881. Dalloz, 1881, 3^e partie, page 106, § 34.

2. De Grattier, tome I, p. 47.

3. Crim. cass., 9 sept. 1836. Sirey, 36, 1, 868.

raison qu'un collège électoral ne formait pas un corps constitué (1). On devrait encore donner la même décision, en ce qui concerne le collège des électeurs sénatoriaux d'un département.

L'art. 30 ajoute aux corps constitués les administrations publiques. Les administrations publiques sont les différentes catégories de fonctionnaires, chargés de la gestion et de la surveillance des intérêts publics. Telle sont l'administration de l'enregistrement, des domaines, des douanes, les bureaux de bienfaisance et les administrations des hospices, etc., etc.

En terminant remarquons que notre art. 30 ne contient plus le mot *autorité*, qui était contenu dans l'art. 5 de la loi du 25 mars 1822. Ce mot a été supprimé, ainsi que nous l'apprend la circulaire du garde des sceaux « comme inutile, et faisant double emploi avec les corps constitués et les administrations publiques (2). »

SECTION II

Diffamation envers les fonctionnaires, dépositaires ou agents de l'autorité publique, citoyens chargés d'un mandat public, temporaire ou permanent, etc., etc.

La diffamation prévue par l'art. 30, et dont nous venons

1. Crim. cass., 25 mai 1838. Sirey, 38, 1, 513.

2. Circul. minist., 9 novembre 1881. Dalloz, 81, 3^e, page 106, § 34.

de nous occuper, s'attaquait à des collectivités d'individus, à des corps, non à des personnes, la diffamation de l'art. 31 au contraire, s'attaque à des personnes déterminées. C'est à cela que se réduit toute la différence entre les deux espèces de diffamation. Elles sont en effet assimilées à tous les autres points de vue, quant à la pénalité, à la compétence et à la preuve.

La disposition de l'art. 31 n'est pas nouvelle dans notre législation. Déjà le législateur de 1819 avait fait une place à part à la diffamation contre les dépositaires ou agents de l'autorité publique, et l'avait frappée de peines plus sévères que la diffamation contre les particuliers (art. 16 de la loi du 17 mai 1819). L'art. 20 de la loi du 26 mai 1819, ajoutait à l'énumération de la loi précédente les personnes ayant agi dans un caractère public. Ces dispositions, abrogées par le décret du 17 février 1852, furent remises en vigueur par l'art. 3 de la loi du 15 avril 1871 (1). Citons

1. Assimilées quant à la preuve de la vérité des faits diffamatoires, la diffamation contre les agents ou dépositaires de l'autorité publique et la diffamation contre les personnes ayant agi dans un caractère public n'étaient pas assimilées au point de vue de la pénalité. En effet, l'art. 16 de la loi du 17 mai 1819 punit seulement la diffamation contre les agents ou dépositaires de l'autorité publique. Cette raison, tirée du texte de la loi, suffit à justifier la proposition que nous venons d'énoncer. Nous pouvons invoquer un autre argument, tiré des travaux préparatoires de la loi du 26 mai 1819. On avait proposé, lors de la discussion de cette loi, un amendement qui tendait à faire entrer dans le texte de l'art. 16 de la loi du 17 mai 1819 les personnes ayant agi dans un caractère public. Cet amendement fut repoussé sur les observations de M. de Serres, qui déclara en substance : que la gravité de la peine ne dépendait pas de ce que la preuve était permise ou interdite, mais uniquement du caractère du fonctionnaire auquel

enfin, quoi qu'il soit étranger à la diffamation l'art. 6 de la loi du 25 mars 1822 qui punit l'outrage « fait publiquement d'une manière quelconque à raison de leurs fonctions ou de leurs qualités » contre les députés, les fonctionnaires publics, etc., etc.

Notre article 31 a considérablement étendu le champ d'application du principe posé par la législation antérieure. Cet article vise d'une manière générale tous les dépositaires ou agents de l'autorité publique, tous les fonctionnaires publics, les citoyens chargés d'un mandat ou d'un service public, et d'une manière plus spéciale, certaines personnes telles que les députés, sénateurs, ministres du culte, enfin les jurés et les témoins.

Parmi les catégories de personnes énumérées par l'article 31, il convient d'écarter dès l'abord toutes celles qui ne peuvent donner lieu à aucune difficulté. Il est inutile, en effet, d'entrer dans de longs développements pour fixer le sens des termes de cet article, jurés, témoins (1), ministres d'un culte (2) salarié par l'État, les membres de

la diffamation s'attaquait (*Moniteur* du 21 avril, page 483. En sens contraire : de Grattier, tome I, p. 213).

1. Sous l'empire des lois de 1819, la Cour de Lyon avait décidé que le témoin accomplissait un acte public et agissait dans un caractère public. Il ne faut pas considérer cette décision comme l'expression de la doctrine de la jurisprudence, mais comme l'expression de l'opinion d'une cour isolée. Cour de Lyon, 5 juin 1834. Sirey, 35, 2, 318.

2. Avant la loi de 1881, une Cour d'appel, la Cour de Nancy, avait considéré les prêtres comme des personnages revêtus d'un caractère public, 27 novembre 1844. Dalloz, 45, 2, 6. La jurisprudence n'a pas accueilli cette doctrine. Cour de Paris, 31 mars 1843. Sirey, 43, 2, 176. Cass. crim.,

l'une ou de l'autre Chambre, les membres du ministère. Certains auteurs (1) pensent qu'il faut faire rentrer dans cette dernière classe les sous-secrétaires d'État. Nous ne partageons pas cette manière de voir. Les sous-secrétaires d'État ne font pas partie du Gouvernement, ce sont de simples membres de l'administration. D'ailleurs l'article 31 est applicable aux sous-secrétaires d'État, car s'ils ne doivent pas être assimilés aux ministres, ils sont incontestablement des fonctionnaires publics.

Il importe au contraire d'insister sur ces expressions de la loi : agents ou dépositaires de l'autorité publique, fonctionnaires publics, citoyens chargés d'un mandat ou d'un service public.

La première idée qui vient naturellement à l'esprit, en lisant l'article 31, est celle-ci : il existe trois catégories de personnes publiques ; ces trois catégories ne se confondent pas, elles sont séparées par des différences réelles : un agent ou dépositaire de la force publique, diffère du fonctionnaire public, lequel à son tour se distingue du citoyen chargé d'un mandat ou service public. On ne songe pas à critiquer la rédaction de l'article 31, on l'accepte comme exacte. En effet, on doit présumer que le législateur connaît la portée des termes qu'il emploie ; il est assez raisonnable

22 février 1845. Dalloz, 45, 1, 169. Crim. cass., 23 août 1850. Dalloz, 50, 5. 379. Cour de Poitiers, 20 juillet 1872, 72, 2, 162. Crim. cass., 5 décembre 1872. Dalloz, 72, 1, 465. Cour de Paris, 20 juillet 1872. Dalloz, 73, 2, 69.

1. Faure et Benoit-Lévy, p. 156, Dutruc, page 121.

de croire que les distinctions et les classifications établies par la loi sont conformes à la réalité. Cependant, si l'on examine attentivement les trois termes de la distinction que nous propose la loi, on ne tarde pas à reconnaître que l'un de ces termes fait double emploi avec l'autre, et que le nombre en doit être réduit à deux. Qu'est-ce en effet qu'un agent ou dépositaire de la force publique? C'est celui qui participe, dans une mesure plus ou moins grande, à l'exercice de l'autorité publique, ou qui est chargé de faire exécuter les ordres émanant de cette autorité. Si maintenant nous recherchons ce qu'il faut entendre par fonctionnaire public, nous ne trouvons qu'une seule définition, celle que nous avons donnée du dépositaire ou de l'agent de l'autorité publique. Car peut-on concevoir un fonctionnaire public qui ne soit pas investi d'une portion de l'autorité publique, ou qui ne soit pas chargé de faire exécuter ses ordres? et d'autre part cette participation à l'exercice de l'autorité publique, cette mission de faire exécuter ces ordres, n'est-ce pas là ce qui constitue la fonction publique? Donc, dépositaire ou agent de l'autorité publique et fonctionnaire public, c'est tout un. Nous désignerons les uns et les autres par l'expression générale de fonctionnaires publics.

Après ce travail d'élimination et de réduction, il ne reste plus en présence que les fonctionnaires publics et les citoyens chargés d'un mandat ou d'un service public. Comme on pourra le constater par la suite, ces deux classes de

personne, sont séparées par des différences considérables (1).

Nous avons déjà dit ce qu'est un fonctionnaire public. Nous en trouvons une définition excellente dans un arrêt de la Cour de Paris de 1843 (2). « Considérant que ceux là seuls peuvent être regardés comme dépositaires ou agents de l'autorité publique, qui, par délégation médiate ou immédiate du gouvernement, exercent dans un intérêt public, une portion de son autorité ou font exécuter ses ordres. » Ainsi d'après cet arrêt trois conditions sont nécessaires : délégation immédiate ou médiate du gouvernement, participation à l'autorité publique (en dépositaire) ou concours à l'exécution des ordres de cette autorité, (agent). Cette définition, on le voit, ne comprend pas toutes les personnes, qu'on a coutume de désigner par l'expression de fonctionnaires publics. Dans le langage ordinaire, cette expression embrasse, toutes les personnes qui

1. Dans la loi du 26 mai 1819, les personnes chargées d'un mandat ou d'un service public, étaient désignées par la dénomination générale de personnes ayant agi dans un caractère public. Comme aujourd'hui, il convenait de décider qu'il y avait deux classes de personnes publiques. Cette doctrine s'appuyait sur les textes, sur les travaux préparatoires et notamment sur les déclarations de M. de Serres. Néanmoins elle avait de nombreux adversaires. Dans un premier système, les fonctionnaires publics et personnes ayant agi dans un caractère public, ne formaient qu'une seule classe. Dans un deuxième système, l'expression personnes ayant agi dans un caractère public s'appliquait aux corps constitués, et dans un troisième système elle s'appliquait aux fonctionnaires rentrés dans la vie privée.

2 La Cour de Paris fait également, à tort selon nous, rentrer les personnes ayant agi dans un caractère public dans la définition des fonctionnaires publics, Cour de Paris, 31 mars 1843. Sirey, 43, 2, 176.

tiennent leur charge, leur emploi, de l'Etat, du département de la commune, en un mot de l'autorité. Notre définition en exclut un grand nombre, et restreint considérablement la portée de l'expression de fonctionnaires publics.

Ainsi doivent être considérés comme fonctionnaires publics : les gardes-champêtres (1), les agents de police (2). La jurisprudence reconnaît également aux chefs de gare le caractère de fonctionnaires publics (3). Elle se fonde sur ces deux arguments. 1° A la condition d'être assermentés, ils ont reçus de la loi du 25 juillet 1845, art. 23, le pouvoir de constater les crimes, délits et contraventions prévus par cette loi ; 2° toute résistance, toute violence exercée contre eux, entraîne l'application des peines portées au Code pénal contre la rébellion. (art. 25, loi du 25 juillet 1845) La mission dont ils sont chargés, la protection énergique que leur accorde la loi impliquent nécessairement une délégation de l'autorité.

Au contraire, ne sont pas des fonctionnaires publics,

1. Crim. cass., 9 sept. 1819. Dalloz, *Répertoire* au mot : *Garde champêtre*, n° 54.

2. Crim. cass., 5 avril 1860. Dalloz, 60, 1, 247. Rapprochons de cet arrêt un arrêt de la Cour d'Orléans, qui décide que les gardes établis par les concessionnaires d'un droit de péage pour la perception de ce droit, sont des fonctionnaires publics, 12 mai 1845. Dalloz, 45, 2, 175.

3. Cour de Paris, 17 février 1855. Dalloz, 55, 2, 283. Cour de Grenoble, 7 novembre 1862. Dalloz, 63, 2, 66. Cour de Toulouse, 24 décembre 1874. Dalloz, 77, 5, 348.

les notaires (1) les avoués (2) et, d'une manière générale, les officiers ministériels. Il conviendrait peut-être de faire une exception pour les huissiers. Car, dans l'accomplissement de certains actes de leur charge, comme par exemple dans l'exécution des jugements, ils sont agents de l'autorité publique (3). Comme nous l'avons déjà dit, il ne suffit pas d'être revêtu d'une charge, dans un intérêt public, pour être fonctionnaire public, et, c'est pour cette raison qu'il a été décidé, que le directeur d'un dépôt de mendicité (4), le secrétaire d'un préfet (5), n'étaient pas des fonctionnaires publics.

Passons maintenant à la deuxième classe de personnes publiques. Elle comprend, nous le savons, les citoyens chargés d'un mandat ou d'un service public : ceux-ci tiennent, dans la loi nouvelle, la place qu'occupaient, dans l'ancienne législation, les personnes ayant agi dans un caractère public. Il n'était pas indifférent d'employer l'une ou l'autre de ces expressions ; et quant à nous, nous estimons que la rédaction de l'article 51 de la loi de 1881 est préférable à celle de la loi du 26 mai 1815. Elle est en effet plus large, plus complète et plus claire. C'est comme une seconde édition du texte de la loi de 1815, rare, améliorée et augmentée. Au surplus, la portée et la valeur des expressions de notre article 31 seront bien mieux

1. Crim. cass., 9 sept. 1836. Sirey, 36, 1, 868.

2. Crim. cass., 14 avril 1831. Sirey, 31, 1, 150.

3. Crim. cass., 31 déc. 1835. Sirey, 36, 1, 872.

4. Cour de Berdeaux, 20 mars 1851. Dalloz, 53, 2, 159.

5. Crim. cass., 22 août 1851. Dalloz, 51, 5, 419.

appréciées, lorsque, nous aurons fait connaître dans un exposé rapide, la signification que la jurisprudence donnait à ces mots de l'article 20 de la loi de 1815 : personnes ayant agi dans un caractère public. L'idée dominante qui se dégage des nombreux arrêts relatifs à ce point particulier de la diffamation, est la suivante : la personne ayant agi dans un caractère public, est un dépositaire ou agent de l'autorité publique, d'une espèce particulière, et ce qui le distingue du véritable fonctionnaire public c'est le caractère temporaire de sa fonction. A tous les autres points de vue, il doit être assimilé au fonctionnaire public. Comme lui, il est investi, par une délégation médiate et immédiate d'une portion de l'autorité publique. C'est cette idée que nous trouvons exprimée dans un arrêt, de cassation, antérieur seulement de quatre années à la loi de 1815. « Attendu, dit cet arrêt, que la qualité de personnes ayant agi dans un caractère public est applicable à ceux qui, sans être revêtus d'une manière permanente de la qualité de dépositaire ou agent de l'autorité publique, ont, pour une affaire spéciale ou temporairement, exercé cette fonction. » Le rapport de M. le conseiller Alméra-Latour, sur le procès qui a donné lieu au précédent arrêt, conclut dans le même sens (1). Nous citerons également pour que notre exposé de la jurisprudence soit complet, les considérants d'un arrêt de la Cour de Montpellier et ceux d'un arrêt de la Cour de Paris.

La cour de Montpellier déclare catégoriquement que « le

1. L'arrêt et le rapport. Dalloz, 78, 1^{er}, 58.

caractère public (1) n'est autre que l'exercice à un titre quelconque de l'autorité publique : ceux-là seuls peuvent en être considérés comme les dépositaires ou les agents, qui par délégation médiate ou immédiate du gouvernement, exercent dans un intérêt public une portion de son autorité ou font exécuter ses ordres (2). Les actes, du juré, des témoins, du ministre des cultes, de l'administrateur des hospices, appartiennent à la vie publique ; mais il n'a jamais été dit qu'ils fussent au point de vue judiciaire le domaine de tous ; il y a une condition essentielle qui manque, c'est d'avoir été faits dans un caractère public. » La cour de Paris affirme également que par ces mots, personne ayant agi dans un caractère public « le législateur a en vue seulement les fonctionnaires publics et ceux qui ont eu une part momentanée dans l'exercice même de cette autorité ou de ce caractère public » (3). De ces différentes citations, il résulte, comme nous l'avons déjà dit, que la personne ayant agi dans un caractère public, n'est pour la jurisprudence, qu'un fonctionnaire public chargé d'une mission temporaire. Cette interprétation étroite a naturellement amené la jurisprudence à refuser la qualité de personnes ayant agi dans un caractère public, à un nombre considérable de personnes chargées de services publics par exemple : aux instituteurs (4), aux chefs de division des

1. Cour de Montpellier, 14 juillet 1873. Dalloz, 74, 2, 32.

2. Cette définition est empruntée intégralement à un arrêt de la Cour de Paris du 31 mars 1843. Sirey, 43, 2, 176.

3. Cour de Paris, 2 avril 1870. Dalloz, 72, 2, 209-210.

4. Voyez l'arrêt précité de la Cour de Montpellier.

préfectures (1), aux administrateurs des hospices (2). Il faut reconnaître cependant, que la jurisprudence ne suivait pas, avec une rigueur inflexible, les principes qu'elle avait posés : à l'occasion elle savait les abandonner. C'est ce qui explique la contrariété de certaines décisions, dont l'une par exemple (3), reconnaît à un chef de service à l'exposition universelle de 1868, la qualité de personne ayant agi dans un caractère public, tandis qu'une autre refuse cette même qualité au chef de division d'une préfecture (4).

Cette jurisprudence méconnaissait, à notre avis, la pensée du législateur de 1819 telle que nous la révèlent les travaux préparatoires. Voici, en effet, ce que disait M. de Serres : « La commission a pensé qu'il ne fallait passeulement admettre la preuve des faits allégués contre les fonctionnaires publics, mais encore des faits allégués contre d'autres personnes qui, n'étant pas fonctionnaires publics, auraient cependant agi dans un caractère public, de professeur, par exemple. » Donc, pour M. de Serres, la personne ayant agi dans un caractère public n'était ni un dépositaire, ni un agent de l'autorité publique. C'était toute personne qui était chargée d'un service public, lequel n'impliquait pas une participation à l'exercice de l'autorité publique, ni un concours à l'exécution des ordres de cette autorité. La jurisprudence ne s'inclina pas devant l'auto-

1, Crim. cass., 25 novembre 1875. *Bulletin criminel*, n° 329.

2. Crim. cass., 23 mai 1862. Dalloz, 62, 1, 392.

3. Crim. cass., 31 janvier 1877. Dalloz, 78, 1^{er}, 58.

4. Voyez l'arrêt cité plus haut.

rité si considérable cependant de M. de Sèrres, et persévéra dans son système. Telle était l'état de la jurisprudence, lorsque fut discutée et votée la loi du 29 juillet 1881. Ajoutons enfin que la doctrine était divisée sur l'interprétation de ces mots : personne ayant agi dans un caractère public. Trois systèmes (1), comme nous l'avons déjà fait remarquer dans une note, étaient en présence.

Le législateur de 1881 ne pouvait purement et simplement reproduire le texte de l'art. 20 de la loi du 26 mai 1819. Le reproduire, en effet, c'était donner à l'interprétation de la jurisprudence la consécration législative. La loi nouvelle ne réalisait alors aucun progrès sur la loi ancienne ; le législateur manquait à la mission qu'il s'était lui-même assignée et aux promesses qu'il avait faites. Il fallait donc trouver une formule qui, tout en maintenant le principe de la loi de 1819, en étendit le champ d'application et indiquât nettement que le législateur repoussait le système restrictif de la jurisprudence. Cette formule est celle de l'art. 31. Elle est, comme nous l'avons déjà dit, et comme le prouveront les explications qui vont suivre, plus large, plus complète et plus claire que celle de la loi du 26 mai 1819. Sans doute elle ne supprime pas les difficultés ni les controverses de détail, mais elle a le mérite de bien mettre en relief l'intention, l'esprit de la loi.

Il convient maintenant de rechercher la signification des

1. Voyez plus haut page 286.

termes qui composent cette formule : « Citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent. » Le mot mandat se réfère à l'hypothèse d'une mission, d'une charge, conférée par les suffrages des citoyens, ou d'un corps (conseil municipal ou général, etc.). Le mot service public vise plutôt les charges, les emplois qui relèvent de l'Etat, du département, des communes, des différentes administrations publiques. Dans son ensemble, notre formule s'applique à tous ceux qui, sans être dépositaires ou agents de l'autorité, ont été appelés à remplir une mission, une charge temporaire ou permanente, dans un intérêt public. Elle comprend la plus grande partie des personnes que la jurisprudence refusait de considérer comme des personnes ayant agi dans un caractère public. Quelques exemples feront bien sentir toute l'importance du changement de rédaction adopté par le législateur. Ainsi, avant la loi de 1881, la jurisprudence déniait aux instituteurs le caractère de personnes publiques ; ou, tout au moins, la question était-elle controversée. Le tribunal de Montpellier avait décidé que les instituteurs congréganistes (dans l'épèce il s'agissait de congréganistes) étaient des personnes ayant agi dans un caractère public (1). La Cour de Montpellier s'était prononcée en sens contraire et elle avait eu le dernier mot (2), car la Cour de cassation, à laquelle l'arrêt fut déféré, était muette sur la question

1. 8 février 1873. Dalloz, 73, 3, 32.

2. 14 juillet 1873. Dalloz, 74, 2, 31.

qui divisait le tribunal et la Cour de Montpellier (1). Aujourd'hui, il ne nous semble pas que la question puisse être controversée. L'instruction publique est un service public au premier chef, et l'instituteur doit rentrer dans la catégorie des personnes visées par notre formule, sans distinguer, d'ailleurs, s'il est congréganiste ou laïque. C'est ce qu'a décidé tout récemment le tribunal d'Angers (2). Nous rapprocherons de ce jugement, un autre jugement qui assigne au prêtre, placé à la tête d'un petit séminaire, la qualité de personne chargée d'un service public (3).

Nous aurions pu dire des prêtres ce que nous avons dit des instituteurs, si la loi n'avait expressément assimilé les ministres des cultes salariés par l'État aux personnes chargées d'un service public. À défaut d'une disposition expresse, nous estimons qu'il aurait été conforme à l'esprit de la loi de ranger les prêtres parmi les personnes chargées d'un service public. Nous rappelons que les arrêts les plus récents, antérieurs à 1881, ne voyaient dans le prêtre qu'un simple particulier (4).

Le directeur d'un dépôt de mendicité, les administrateurs des (5) hospices que la jurisprudence ne considérerait pas comme des personnes ayant un caractère public, doivent être classés dans la catégorie des citoyens chargés d'un

1. Crim. cass., 3 août 1874. Dalloz, 74, 1, 494.

2. 26 mai 1883. *Journal la Loi*, 18 juin 1883.

3. Tribunal de Grenoble, 18 janvier 1882. *Journal la Loi*, 16 février 1882.

4. Crim. cass., 5 déc. 1872. Dalloz, 72, 1, 465.

5. Crim. cass., 16 mars 1872. Dalloz, 72, 1, 169.

service public. C'est ce qui a été décidé récemment par le tribunal de la Seine en ce qui concerne le directeur d'un asile d'aliénés (1).

Ces quelques exemples montrent combien est profonde la différence qui existe entre la rédaction de l'article 31 de la loi de 1881, et celle de l'article 20 de la loi de 1819.

Nous citerons encore trois décisions intéressantes. La première qui date de 1877 admettait le délégué nommé par un conseil municipal pour les élections sénatoriales au nombre des personnes ayant agi dans un caractère public (2). Ce qui était vrai à cette époque, à plus forte raison est encore bien plus vrai aujourd'hui. La seconde décision concerne un étranger, qui avait été pourvu par le gouvernement français d'un commandement de troupes auxiliaires à l'étranger, et qui, sous la direction d'un officier supérieur Français, devait opérer pour le compte de la France (3). La Cour de cassation n'a pas hésité à lui appliquer l'article 31. Cette solution nous paraît contestable ; car la loi parle d'un citoyen. Il faut donc que la personne chargée du service soit française. L'absence de cette qualité rend, à notre avis, l'article 31 inapplicable. Enfin la Cour de Bourges a reconnu le caractère de citoyen chargé d'un service public à l'adjudicataire des droits de halle et de marché (4).

1. 28 juillet 1882. V. *Journal la Loi* du 29 juillet 1882.

2. Crim. cass., 28 juillet 1876. Dalloz, 77, 1, 41.

3. Crim. cass., 5 juillet 1883. Dalloz, 83, 1, 431.

4. 23 décembre 1882. Dalloz, 83, 2, 168.

De tout ce qui précède, il résulte que, les expressions employées par le législateur, ont une portée très étendue et qu'elles comprennent un nombre considérable de personnes. Il ne faut cependant rien exagérer. La formule de l'art. 31 a des limites, et ce serait une grave erreur de croire qu'elle s'applique à toutes les personnes qui, de près ou de loin, tiennent un emploi de l'autorité publique. Il ne suffit pas pour être traité comme un citoyen chargé d'un service public, de concourir au fonctionnement d'un service public, d'occuper un emploi qui dépend de ce service. S'il en était ainsi, un simple expéditionnaire, un garçon de bureau d'un ministère seraient des citoyens chargés d'un service public, car ils concourent, dans une faible mesure, il est vrai, mais ils concourent à un service public. C'est par application de cette idée qu'il a été décidé que le secrétaire d'une mairie (1) et le caissier d'une caisse d'épargne ne sont pas chargés d'un service public (2).

Ce serait également une erreur de croire que la nomination par l'autorité publique, à une fonction, à une charge, à un office suffise pour ériger cette fonction, cette charge, cet office en service public. Ce qui donne à un service, le caractère de service public ou privé, c'est l'utilité à laquelle il répond ? Répond-il à un intérêt public. Répond-il au contraire à un intérêt privé ? Le service est privé, lors même

1. Crim. cass., 22 juin 1883. *Journal la Loi* du 23 juin 1883. Voyez aussi cour de Poitiers, 12 février 1875. Dalloz, 75, 2, 78. Tribunal d'Alais, 23 février 1879. Dalloz, 79, 2, 163. Tribunal des conflits, 14 juin 1879, 79, 3, 67.

2. Crim. cass., 10 février 1883. Dalloz, 83, 1, 436.

que l'investiture de ce service émanerait de l'autorité publique. Prenons un exemple : les officiers ministériels sont nommés par le pouvoir exécutif : ce ne sont pas cependant des citoyens chargés d'un service public. Car les actes qu'ils ont le droit de faire répondent à des intérêts privés. Ainsi donc les avoués les notaires ne sont pas chargés d'un service public. La cour d'appel de Paris a, dans un arrêt tout récent, consacré le principe que nous venons de poser (1). Elle a décidé que les commissaires priseurs n'étaient pas des citoyens chargés d'un service public. Le tribunal de la Seine s'était prononcé en sens contraire (2).

Le législateur a mis une condition à l'application de l'art. 31, c'est que la diffamation ait été commise à raison des fonctions ou de la qualité des personnes énumérées par cet article. Cette condition est commune aux agents, aux dépositaires de l'autorité publique, aux citoyens chargés d'un mandat ou service public, aux ministres des cultes etc. En ce qui concerne le témoin, la diffamation doit être relative à sa disposition (3).

Pouvu que la diffamation se réfère à la fonction à la qualité, il n'y a pas lieu de s'occuper de cette circonstance qu'au moment où elle se produit, le fonctionnaire, le citoyen chargé d'un mandat ou service public est rentré dans la vie privée (4). En ce qui concerne le témoin, même so-

1. Cour de Paris, 1^{er} avril 1884. *Journal la Loi* du 4 avril 1884.

2. 26 décembre 1883. *Journal la Loi*, 28 décembre 1883.

3. Cour de Paris, 23 février 1883. Dalloz, 83, 2, 135.

4. Cour d'assises des Pyrénées-Orientales, 24 janvier 1874. Dalloz, 74, 2, 97.

lution : il importe peu que la diffamation soit postérieure à sa déposition.

Si la diffamation n'est pas relative à la fonction ou à la qualité, ce n'est plus l'art. 31 qui est applicable mais l'art. 32. Le fonctionnaire, le citoyen chargé d'un service public etc. n'est plus qu'un simple particulier ; et la diffamation qui l'atteint est punie comme diffamation commise contre un particulier.

Il peut arriver que les imputations diffamatoires soient en partie relatives à des faits de fonction, en partie à des faits de la vie privée. Elle attaque à la fois le fonctionnaire et le simple particulier. Que décider en pareille hypothèse ? De deux choses l'une : ou les faits imputés sont indivisibles et alors on appliquera l'art. 31. Ou ils sont divisibles et alors on appliquera séparément l'art. 31 et l'art. 32. Nous bornons pour le moment nos explications sur ce point ; nous les reprendrons, pour les compléter, lorsque nous traiterons de la compétence et de la preuve des faits diffamatoires.

SECTION III

De la diffamation contre les directeurs et administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale.

La loi de 1881 a consacré une disposition spéciale aux directeurs et administrateurs de toute entreprise industrielle faisant publiquement appel à l'épargne et au crédit,

c'est le deuxième alinéa de l'art 35. Nous ne dirons que fort peu de choses de cette disposition, pour le moment du moins ; car les questions qu'elle soulève sont relatives à la compétence, à la procédure et à la preuve. Nous sommes donc obligé d'en différer l'examen. Nous ferons cependant deux observations : 1° C'est la première fois, qu'une loi sur la diffamation a fait une place à part aux directeurs et administrateurs des sociétés financières et les a distingués des simples particuliers. 2° L'application de l'art 35 2° alinéa est subordonnée à une condition : c'est que les sociétés financières industrielles commerciales fassent publiquement appel à l'épargne et au crédit. Les directeurs et administrateurs des sociétés commerciales qui ne font pas publiquement appel à l'épargne et au crédit, ne tombent pas sous le coup de cet article.

SECTION IV

De la diffamation contre les particuliers.

Nos explications sur cette quatrième section seront également très brèves. Les détails dans lesquels nous sommes entrés, sur la diffamation contre les fonctionnaires et citoyens chargés d'un service public, nous permettent de définir d'un mot la diffamation contre les particuliers. C'est toute diffamation qui attaque une personne dans sa vie privée, peu importe d'ailleurs que cette personne occupe ou non une fonction publique.

SECTION V.

De la diffamation envers les morts.

L'art. 34 de la loi de 1881 s'exprime ainsi: « Les articles 29, 30 et 31 ne seront applicables aux diffamations ou injures, dirigées contre la mémoire des morts, que dans les cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants. Ceux-ci pourront toujours user du droit de réponse prévu par l'art. 13. » Notre art. 34 assimile donc la diffamation et l'injure envers les morts à la diffamation et à l'injure envers les vivants. Ainsi se trouve législativement tranchée, une question vivement controversée sous l'ancienne législation ; celle de savoir si la diffamation envers les morts tombait sous le coup des lois qui punissent la diffamation. Nous n'avons pas l'intention de faire un exposé complet de cette question, et nous ne voulons pas discuter les systèmes auxquels elle a donné lieu. Il nous est cependant impossible d'aborder le commentaire des dispositions de notre art. 34 sans faire connaître les diverses solutions qu'elles avaient reçues de la jurisprudence. D'ailleurs ce petit travail préliminaire ne sera pas sans utilité pour l'intelligence de la loi actuelle ; et peut-être trouverons-nous dans certains arrêts, des indications précieuses et des éléments de décision pour l'examen des questions que peut soulever l'application de l'art 34.

Deux grands systèmes se trouvent en présence ; le système des cours d'appel et celui de la cour de cassation. Le premier, d'après lequel la diffamation envers les morts n'était pas punie par la loi pénale, a prévalu jusqu'en 1860 (1). A cette date, la cour de cassation est appelée à se prononcer, et dans un arrêt demeuré célèbre, elle décide que la diffamation envers les morts est punissable au même titre que la diffamation envers les vivants. Mais ne nous bornons pas à ces indications générales et exposons maintenant les péripéties de la controverse.

La question s'est posée pour la première fois devant la Cour d'assises de la Seine, en 1819, peu de temps après la promulgation des lois de 1819 sur la presse. La veuve du maréchal Brune avait accusé un journaliste de diffamation envers la mémoire du maréchal. L'avocat général, M. de Broë, estimait que la loi nouvelle ne prévoyait pas la diffamation contre les morts. Le prévenu fut acquitté par le jury (2).

En 1823, la question se pose à nouveau. Un individu poursuivi pour outrages à la mémoire du duc de Berry, fut condamné par le tribunal de Privas, en vertu de l'article 10 de la loi du 17 mai 1819, comme ayant commis le délit d'offense envers la famille royale. Pourvoi en cassation. Le condamné prétendait que la loi ne punissait que les outrages aux vivants et non pas les outrages aux morts.

1. Cass. crim., 24 mai 1860. Dalloz, 60, 1, 201.

2. 18 août 1819. *Moniteur universel* du 19 août, page 1104.

Trouvant sans doute cette question trop délicate la Cour de cassation l'éluda. Elle fit de la question de droit qui lui était soumise, une simple question de fait, et déclara que les premiers juges, en reconnaissant le prévenu coupable de délit d'offense à la famille royale avaient apprécié souverainement, et que cette décision ne tombait pas sous le contrôle de la Cour de cassation (1).

En 1826, à l'occasion du célèbre procès intentée par les héritiers de la Chalotais contre le journal l'*Étoile*, le tribunal de la Seine décida que la diffamation envers les morts n'était pas réprimée par nos lois. Le tribunal proclamait d'ailleurs (ce qui n'a jamais été contesté par personne) que, dans certains cas, la diffamation envers les morts constituait une diffamation directe contre la famille et qu'alors elle devenait punissable. Le tribunal ajoutait : « Qu'il faut pour constituer ce délit, prouver que l'intention d'outrager la famille et de lui porter préjudice résulte des faits et circonstances (2). » Un autre jugement du tribunal de la Seine, à la date du 3 juin 1836 (3), et un arrêt de la Cour de Paris, rendu le 9 juillet (4) de la même année, statuent dans le même sens. La diffamation envers les morts ne constitue un délit que sous deux conditions : 1° elle doit atteindre les héritiers ; 2° elle doit avoir été publiée dans l'intention de les atteindre.

1. Crim. cass., 24 avril 1823. Sirey, 23, 1, 261.

2. 19 avril 1826. Sirey, 1^{re} série, 8^e volume, 2^e partie, page 223.

3. 1836. Sirey, 38, 2, 50.

4. *Ibid.*

Nous retrouvons cette doctrine, avec une modification considérable dans un jugement du tribunal de la Seine de 1836 (1) et dans un arrêt de la cour de Paris de 1839 (2). La diffamation envers les morts n'est punissable qu'autant qu'il y a intention de nuire ; mais il n'est pas nécessaire que le diffamateur ait eu l'intention de nuire aux héritiers du diffamé. C'était là un acheminement vers la doctrine qu'a consacrée la cour de cassation.

Nous arrivons enfin à l'année 1860. A la suite d'une lettre publiée dans un journal, Mgr Dupanloup, évêque d'Orléans, avait été traduit devant la cour de Paris, à la requête des héritiers de Mgr Rousseau, ancien évêque d'Orléans, comme s'étant rendu coupable de diffamation envers la mémoire de ce dernier. La cour de Paris, par un arrêt du 19 mars 1860, décida que la diffamation envers les morts n'était pas un délit dans l'état de la législation, et qu'elle ne devenait punissable qu'à la condition de constituer une véritable diffamation contre les héritiers du mort (3). Un pourvoi dans l'intérêt de la loi fut formé contre cet arrêt. La cour de cassation (4), adoptant les conclusions du rapport de M. le conseiller rapporteur Plougoulen et du réquisitoire de M. le procureur général Dupin, cassa l'arrêt de la cour de Paris. La diffamation envers les

1. 8 novembre 1836. *Gazette des Tribunaux*, 9 novembre 1836.

2. 14 août 1839. Dalloz. Répertoire. Instruction criminelle, n° 103.

3. 19 mars 1860. Dalloz, 60, 1, 201.

4. 24 mai 1860. Dalloz, 60, 1, 201.

morts devient un délit. Les cours d'appel résistent encore (1) et leur résistance rend nécessaire un arrêt des chambres réunies. Cet arrêt n'a pas toute l'importance qu'on serait tenté de lui attribuer à priori. Il réserve en effet la question de savoir dans quelle mesure les droits de l'histoire peuvent s'exercer sur la mémoire des morts, et il se renferme exclusivement dans l'examen d'une question d'un ordre beaucoup moins élevé : la diffamation, dirigée, dans l'espèce, contre la vie privée d'un défunt, constituait-elle une diffamation contre les héritiers de ce défunt ? Les chambres réunies répondent affirmativement et invoquent à l'appui de leur décision, cette considération « que les propos diffamatoires sur lesquels repose la plainte, ont été adressés, dans des lieux publics, à la fille même du défunt, avec la menace d'une responsabilité pour elle, à raison des faits allégués ; qu'ainsi l'outrage dirigé contre le défunt retombait nécessairement sur les enfants et avait pour résultat de les lèser (2). » Les termes de cet *attendu* montrent que l'arrêt solennel n'a que la valeur d'une décision d'espèce. C'est à peine s'il décide d'une manière incidente que les textes relatifs à la diffamation s'appliquent à la diffamation envers les morts. Quoi qu'il en soit, on peut dire que dès lors la jurisprudence était fixée sur cette importante question (3).

1. Cour de Rennes, 2 novembre 1865, cour d'Angers sur renvoi après cassation du précédent arrêt. Dalloz, 67, 1, 129.

2. Arrêt des chambres réunies du 1^{er} mai 1867. *Ibid.* V. aussi l'arrêt de la chambre criminelle du 23 mars 1866. *Ibid.*

3. La cour de Lyon (11 décembre 1868, Dalloz, 69, 2, 74) et la cour de

En résumant les développements que nous venons de donner, on voit que la question de la diffamation envers les morts a donné lieu, en jurisprudence, à trois systèmes différents. Dans l'un de ces systèmes, adopté par la cour de cassation, la diffamation envers les morts, prise en elle-même est un délit, lors même qu'elle n'atteint pas les héritiers et qu'elle n'a pas été commise avec l'intention de nuire à ces héritiers. Dans un second système, elle n'est punissable que si elle atteint les héritiers, sans qu'il y ait à rechercher si le diffamateur a eu ou non l'intention (1) de nuire aux héritiers. Le troisième système (2) enfin pose en principe que la diffamation envers les morts n'est pas punissable, elle ne devient un délit qu'à la double condition d'atteindre les héritiers, et d'avoir été commise avec l'intention de nuire aux héritiers. Si maintenant, nous relisons le texte de notre article 34, nous constatons qu'il a reproduit ce troisième système.

Le projet de la commission de la Chambre des députés ne contenait aucune disposition au sujet de la diffamation envers les morts. Il s'en référait à la jurisprudence (3). Le sénat estima avec raison, qu'une pareille question méritait l'examen du législateur, et avait droit aux honneurs d'une discussion approfondie. De cette discussion est sorti l'article

cassation (5 juin 1869, 70, 1, 233) ont à deux reprises consacré cette jurisprudence.

1. Voyez plus haut.

2. Cour de Paris, 19 mars 1860.

3. Rapport de M. Lisbonne après le renvoi du projet à la Chambre. *Journal officiel* du 22 juillet 1881. Débats de la Chambre, p. 1720.

34. Cet article, comme on le voit déjà, n'admet la poursuite des diffamations ou injures contre la mémoire des morts, que dans les cas où les auteurs de ces diffamations ou injures, auraient l'intention d'atteindre les héritiers du mort. Ces derniers pourront d'ailleurs, dans tous les cas, user du droit de réponse prévu par l'article 13.

Les considérations présentées au Sénat, par M. Pelletan, dans son rapport, à l'appui du projet de la commission, montrent bien quelle a été la pensée du législateur. Ces considérations sont au nombre de trois : 1° La loi exige, nous citons les propres de M. Pelletan, « pour un procès de diffamation la volonté formelle du diffamé. Lui seul, de son vivant, a le droit de l'intenter, et la loi supposerait qu'à sa mort il a repassé son droit tout personnel à un homme souvent encore à naître, et qu'il revit, bon gré malgré, dans la personne de cet héritier, et qu'il veut, par la volonté de cet héritier, tirer vengeance, à un siècle de distance, d'une diffamation qu'il a connue peut-être pendant sa vie, et qu'il a dédaignée ! » 2° M. Pelletan, se plaçant dans l'hypothèse où un héritier voudrait poursuivre la diffamation et un autre héritier ne le voudrait pas, en tire un argument contre ce droit des héritiers (1).

1° Enfin, M. Pelletan invoque les droits de l'histoire. Il sont « au dessus des droits de la famille privée. Il faut que la vérité puisse se faire au grand jour et il ne faut pas,

1. Rapport de M. Pelletan, *Journal officiel*. Annexe du Sénat, pages 462 et 463.

selon l'expression énergique du rapporteur, « qu'on mette l'histoire au greffe. » La diffamation envers les morts n'est un délit « qu'autant qu'elle passe au-dessus de leur tombe pour aller frapper des vivants. »

Lorsque le projet de loi fut renvoyé à la Chambre des députés, le rapporteur, M. Lisbonne, tout en concluant au vote de l'art. 34, fit certaines réserves et adressa certaines critiques aux dispositions contenues dans cet article. « Cette restriction, dit M. Lisbonne, due à des préoccupations par trop exclusives des immunités de l'histoire et qui cesse de protéger les personnalités modestes, auxquelles l'histoire ne songe pas, a un grave inconvénient : c'est de créer un texte dont l'application pratique est de nature à donner lieu aux plus sérieuses difficultés, et aux décisions les plus contradictoires. Votre commission, en vous proposant cependant de l'adopter, s'est déterminée par cette seule considération, qu'en se bornant à refuser le caractère de délit aux diffamations et injures envers les morts, dans le cas où le diffamateur n'a pas eu l'intention d'attaquer les héritiers vivants, la disposition nouvelle laisse dans le droit commun l'action civile, de la part de ces derniers, en dommages-intérêts. Ce n'est, en effet, que la répression pénale que dénie le texte nouveau ; ce n'est pas la réparation qui prend sa source dans la simple faute et le préjudice causé, abstraction faite de toute intention criminelle. »

Quoi qu'il en soit, l'art. 34 fut voté par la Chambre des députés. Désormais la diffamation envers les morts n'est

un délit qu'autant qu'elle atteint les héritiers. Aussi la circulaire du ministre de la justice, du 15 novembre 1881, a-t-elle pu dire avec vérité : « La loi nouvelle repousse entièrement la diffamation envers les morts. » Car la diffamation de l'art. 34 n'est pas, à proprement parler, la diffamation envers les morts ; c'est une espèce de diffamation contre les vivants.

Sur le texte de notre art. 34 nous avons deux observations à faire.

1° Ce texte contient une erreur dans le numérotage des articles auxquels il renvoie. Il dispose que : « les articles 5, 29, 30 et 31... » Or l'art. 30 est relatif à la diffamation envers les corps constitués, qui ne peuvent évidemment mourir. Les dispositions de l'art. 34 leur sont donc inapplicables. Une fois l'erreur constatée, il reste à chercher comment il sera possible de la rectifier. Deux systèmes ont été proposés. Dans le premier système on soutient qu'il faut lire ainsi l'art. 34 : « Les articles 29, 31 et 32. » Cette leçon se justifie par cette considération que le texte du projet du Sénat, qui est devenu l'art. 34, était ainsi conçu : « Les articles 28, 29 et 31. » Or les articles 28, 29 et 31 du projet sont devenus, savoir : l'article 28 du Sénat, l'article 29 de la loi ; l'article 29 du Sénat, l'article 32 de la loi ; l'article 31 du Sénat a conservé son numérotage dans la loi (1).

Dans l'autre système on propose de lire : « les arti-

1. Faivre et Benoît-Lévy, page 165.

cles 31, 32 et 33. • Le rétablissement du texte aurait pour effet de rendre applicables aux injures envers les morts, les dispositions de la loi relatives aux injures contre les vivants (1). C'est précisément cette raison que l'on invoque dans ce système. Quant à nous, nous n'hésitons pas à adopter la première opinion.

2° L'article 34 vise la diffamation et l'injure d'une manière expresse. Il semblerait donc naturel de décider que la diffamation et l'injure, dirigées contre la mémoire d'un mort et atteignant les héritiers, peuvent être poursuivies par ces derniers. Mais cette conclusion se heurte, pour ainsi parler, à une condition mise par l'article à l'exercice de l'action par les héritiers. Il exige, en effet, que le prévenu ait eu l'intention de porter atteinte à l'honneur et à la considération des héritiers vivants. Ces expressions ne s'appliquent évidemment qu'à la diffamation. L'injure contre la mémoire des morts est-elle exclue de l'article 34, et la loi refuse-t-elle à la fin de l'article 34 ce qu'elle avait accordé au commencement du même article ? Pour nous, nous pensons qu'il faut supprimer le mot injures. L'ensemble du texte prouve qu'il ne s'agit là que de diffamation ; et nous pouvons ajouter que le but du législateur était, en rédigeant l'article 34, de trancher la question de la diffamation envers les morts. Le mot injures était donc inutile.

L'article 34, comme le disait M. Lisbonne à la Chambre des députés dans son rapport, ne dénie • que la représ-

1. Dutruc. Loi de 1881, pages 128 et 129.

sign pénale » ; il ne refuse pas l'action civile en dommages-intérêts fond e sur ce préjudice. Aussi faut-il décider que cette action civile en dommages-intérêts sera donn e aux héritiers toutes les fois que la diffamation, tout en leur causant un préjudice, n'aura pas été commise avec l'intention de leur nuire. Certains auteurs (1) vont plus loin et accordent l'action civile en dommages-intérêts aux héritiers, lors même qu'ils n'ont pas été atteints par la diffamation. Nous ne pouvons admettre ce système. Rappelons les expressions du rapport de M. Pelletan au Sénat : « Au dessus du droit de la famille priv e, il y a le droit de la famille universelle que représente l'Histoire. » Accorder une action en dommages-intérêts aux héritiers que n'atteindrait pas la diffamation, ce serait méconnaître la pens e du législateur, et rendre impossible la mission de l'historien.

Par cette expression d'héritiers, il faut entendre non pas seulement ceux qui viennent à la succession du défunt, mais tous les membres de la famille. Il s'agit là en effet d'une sorte de patrimoine moral, comme on l'a dit si souvent, commun à toute la famille ; toute atteinte qui y est port e, atteint également tous les parents et leur donne à tous, un droit égal d'en poursuivre la répression. Nous accorderons donc l'action en diffamation à tous les parents, aux plus proches comme aux plus éloignés (2). Nous croyons qu'il faudrait également reconn tre aux enfants

1. Faivre et Benoit-Lévy, p. 168.

2. En sens contraire. Faivre et Benoit-Lévy, p. 168.

naturels le droit de poursuivre la diffamation dirigée contre la mémoire de leur père ou de leur mère, lorsqu'ils sont personnellement atteints par cette diffamation. C'est ce qu'avait décidé la Cour de cassation dans un arrêt antérieur à la promulgation de la loi de 1884. Mais, dira-t-on, les enfants naturels ne sont pas héritiers. C'est vrai, mais à cette objection on peut répondre avec la Cour de cassation par les considérations suivantes : « Que ces enfants, qui portent le nom que leur attribue l'acte de naissance, ont le droit et le devoir de défendre ce nom et la mémoire de celui qui l'a transmis contre les outrages et la diffamation... Que les attaques malveillantes dirigées contre la mémoire du père ou de la mère de l'enfant naturel reconnu, en diminuant d'honneur et de considération laissé à cet enfant, peuvent leur porter préjudice » (1).

L'article 34 accorde aux héritiers du défunt, outre l'action en diffamation, le droit de réponse prévu par l'article 13. Ceux-ci pourront toujours user de ce droit ; tels sont les termes du deuxième alinéa de l'article. Toujours, c'est-à-dire dans tous les cas ; soit que les écrits constituent ou non une diffamation, soit que les diffamateurs aient eu ou non l'intention d'atteindre les héritiers.

1. Crim. cass., 27 mai 1881. Dalloz, 82, 1, 391.

CHAPITRE II

DE LA POURSUITE.

Première partie

Actions résultant de la diffamation

La diffamation donne naissance à deux actions, l'action publique et l'action civile. L'action publique tend à l'application de la peine, l'action civile tend à la réparation du préjudice causé (art. 1, Code *Instruc. criminelle*).

Nous allons étudier séparément chacune de ces deux actions.

SECTION I

De l'action publique.

L'action publique appartient au ministère public, lui seul peut l'exercer. La mise en mouvement de cette action n'est pas, en principe, subordonnée à la plainte des prévenus qui ont souffert du crime ou du délit. Il importe en effet, à la société que la répression des infractions pénales

soit assurée dans la plus large mesure possible, et, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'elle ne dépende pas du caprice des particuliers. Ce principe qui domine notre droit pénal, est également vrai en ce qui concerne les délits de presse. Nous le trouvons formulé dans le 1^{er} alinéa de l'article 47 de la loi de 1881 : « La poursuite des crimes et délits commis par la voie de la presse, ou par tout autre moyen de publication aura lieu d'office et à la requête du ministère public sous les modifications suivantes ». L'article 47 nous indique qu'il y a des exceptions au principe qu'il consacre et que l'une de ces exceptions s'applique à la diffamation. En matière de diffamation, la règle contenue dans l'article 47, devient au contraire l'exception : l'action publique ne peut être exercée d'office par le ministère public, il doit attendre qu'une plainte ait été déposée par la personne diffamée (art. 47 et 60). Ce renversement des principes se justifie par la considération suivante que faisait valoir M. de Serres dans la discussion des lois de 1819 : « Nul ne doit être engagé dans des débats où la justice même et le triomphe ne sont pas toujours exempts d'inconvénients ; et si le maintien de la paix publique semble demander qu'aucun délit ne reste impuni ; cette même paix gagne aussi à ce qu'on laisse se guérir d'elles-mêmes, des blessures qui s'enveniment dès qu'on les touche. »

L'article 47, premier alinéa, reproduit purement et simplement les termes de l'article 1^{er} de la loi du 26 mai 1819. L'article 5, de cette loi, décidait également, que la diffamation ne pouvait être poursuivie que sur la plainte de

la partie lésée. L'article 17, de la loi du 25 mars 1822, augmenta le nombre des délits de parole ou de presse qui pouvaient être référés aux tribunaux, d'office par le ministère public. La loi du 8 octobre 1830, dans son article 5, abrogea l'article 17 de la loi du 25 mars 1822, et l'on retomba sous l'empire de la loi du 26 mai 1819. Le décret du 17 février 1852, dans son article 27, disposait que « les poursuites auraient lieu dans les formes et délais prescrits par le Code d'instruction criminelle. » Cet article abrogeait-il l'article 5, de la loi du 26 mai 1819, et restituait-il au ministère public, le droit de poursuivre d'office les délits de parole et de presse? C'était une question très controversée. La circulaire ministérielle interprétative de ce décret pouvait être invoquée en faveur de l'affirmative (1). Elle disait que l'article 27, du décret du 17 février 1852 « en rétablissant, quant au mode de poursuite le Code d'instruction criminelle, abrogeait les dispositions contraires de la loi du 26 mai 1819 ». La jurisprudence s'était divisée sur cette question (2).

La loi du 15 avril 1871 a fait cesser la controverse : en abrogeant la disposition du décret de 1852 contraire aux dispositions qu'elle contenait, notamment en ce qui concerne la poursuite, la loi de 1871 a subordonné l'exer-

1. Circul. ministre de la justice, 27 mars 1852. Dalloz, 52, 3, 11.

2. Pour l'affirmative, Cour de Limoges, 25 juin 1852. Dalloz, 53, 2, 7. Pour la négative, Cour de Montpellier, 3 déc. 1855. Dalloz, 56, 2, 73. La Cour de cassation elle-même avait varié. Voyez pour l'affirmative, Crim. cass., 19 septembre 1856. Dalloz, 56, 1, 419. Pour la négative, 21 avril 1864. Dalloz, 64, 1, 400.

cice de l'action publique à une plainte de la personne diffamée.

La loi du 29 décembre 1875 apportait deux exceptions au principe qu'une plainte préalable est nécessaire pour l'exercice de l'action publique. L'article 6 de cette loi disposait en effet, qu'en cas d'offense contre les chambres, de diffamation ou d'injure envers les cours, tribunaux et autres corps constitués, les poursuites seraient exercées d'office ; lorsque la diffamation avait été commise contre un fonctionnaire public, les poursuites pouvaient avoir lieu, soit sur la plainte du diffamé, soit d'office sur une demande adressée au ministère de la justice.

Ainsi que nous l'avons déjà dit, la loi de 1881 pose dans son article 47 le principe que la poursuite des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre mode de publication aura lieu d'office. Mais elle fait à ce principe de graves exceptions. Ces exceptions sont au nombre de cinq. Nous les diviserons en deux classes. Dans la première classe nous rangerons celles qui subordonnent les poursuites à une délibération requérant les poursuites. La seconde classe comprendra celles qui exigent pour l'exercice de l'action publique, le dépôt préalable d'une plainte : 1° Des cas où l'exercice de l'action publique est subordonnée à une délibération requérant les poursuites.

Ces cas sont énumérés dans le 1° de l'article 47, lequel décide que la diffamation contre les cours, tribunaux et autres corps constitués, ne peut être poursuivie que sur une délibération prise par ces corps et requérant les poursuites.

C'est en effet un principe, en notre matière, que nul ne peut, « sans son consentement » être engagé dans un procès en diffamation. Il fallait donc le consentement du corps diffamé, et dès lors, une délibération requérant les poursuites devenait nécessaire. Car les corps diffamés n'ont pas d'autre moyen pratique pour manifester leur vœu au sujet de la diffamation dirigée contre eux. La loi du 26 mai 1819 dans son article 5 exigeait également pour la poursuite de la diffamation commise contre les cours et les tribunaux, etc., une délibération prise en assemblée générale. Nous savons que la loi du 29 décembre 1875 décidait au contraire que la poursuite aurait lieu d'office. La loi de 1881 nous a donc ramenés, à ce point de vue, au système de la loi de 1819.

Sur ce qu'il faut entendre par corps constitués nous nous en référons aux explications que nous avons données plus haut.

La délibération n'est assujettie à aucune formalité. Une plainte collective de tous les membres appartenant au corps diffamé, n'équivaut pas à une délibération et ne répond pas au vœu de la loi. La loi exige une délibération c'est-à-dire une discussion. C'est ce qui a été décidé par la cour de cassation (1).

2° Des cas où la poursuite de la diffamation est subordonnée à une plainte.

Le dépôt d'une plainte est nécessaire toutes les fois que

1. Crim. cass., 3 août 1850. Dalloz, 50, 5, 386.

la diffamation ne s'adresse pas à un corps constitué, Quelles personnes peuvent porter plainte ?

Rappelons le principe : la diffamation ne peut être poursuivie que sur la plainte de la personne diffamée.

Lorsque la diffamation s'adresse à un corps, qui n'a pas d'assemblée générale, ou à une administration publique, le droit de déposer une plainte appartient au chef de ce corps ou au ministre duquel ce corps relève. Ainsi dans le cas de diffamation contre les armées de terre ou de mer, ce droit appartient au ministre de la guerre ou au ministre de la marine (art. 47. 1^{er} alinéa *in fine*).

Dans le cas de diffamation contre un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique autre qu'un ministre, contre les ministres des cultes salariés par l'Etat, et les citoyens chargés d'un service ou mandat public, la plainte peut être déposée soit par le diffamé, soit par le ministre duquel il relève (art. 47. 3^o).

Lorsque la diffamation est dirigée contre un ministre la poursuite peut avoir lieu d'office (1).

Dans tous les autres cas, soit qu'il s'agisse de diffamation envers un ou plusieurs membres de l'une ou l'autre chambre (art. 47. 2^o) même envers un témoin ou un juré (2), la poursuite ne peut avoir lieu que sur la plainte de celui qui se prétend diffamé : la règle est la même, à plus forte

1. Circulaire du 15 novembre 1881. Dalloz, 81, 3, page 106, § 51.

2. M. Ribot avait demandé la suppression dans le 4^o de l'art. 47 de ces mots : juré ou témoin. M. Ribot voulait que la diffamation contre un juré ou un témoin puisse être poursuivie d'office. Cet amendement fut repoussé (séance du 1^{er} février 1881. Chambre des députés).

raison pour la diffamation envers les simples particuliers, (art. 60. 1°).

Lorsque la diffamation a été dirigée contre un incapable, un mineur, une femme mariée, par qui la plainte pourra-t-elle être déposée ?

En ce qui concerne le mineur et l'interdit, il ne nous semble pas que le moindre doute puisse s'élever. Le tuteur peut agir au nom du mineur et de l'interdit.

Des difficultés sérieuses, au contraire, se présentent lorsqu'il s'agit d'une diffamation contre une femme mariée. Deux questions peuvent se poser. Le mari a-t-il qualité pour agir seul ? La femme peut-elle sans l'autorisation de son mari déposer une plainte ? Examinons successivement chacune de ces questions. Écartons d'abord l'hypothèse, où la diffamation attaque à la fois la femme et le mari. Il est évident que le mari peut alors agir seul. Car il demande la répression d'un délit qui lui cause préjudice ; et il ne faut pas tenir compte de cette circonstance, que le même délit cause également un préjudice à la femme (1). La question de savoir si le mari peut déposer une plainte sans le consentement de sa femme, ne se pose véritablement que dans le cas où la diffamation atteint la femme seule. Pour nous, nous n'hésitons pas à décider que le mari ne peut pas agir sans le consentement de la femme. La loi dit en effet : la poursuite n'aura lieu que sur la plainte de la personne diffamée (art. 60). Le droit de porter plainte est, par cela

1. Crim. Cass., 14 germinal an XIII. Sirey, 20, 1, 495.

même, dénié à toute autre personne. A cet argument de texte nous pouvons en ajouter un autre. Lors de la discussion de la loi du 26 mai 1819 M. de Serres justifiait ainsi la subordination de la poursuite au dépôt d'une plainte.

« Nul ne doit être engagé, sans son consentement, dans des débats où la justice et le triomphe ne sont pas sans inconvénients. » La personne diffamée est seul juge de l'opportunité d'une plainte. Pourquoi en serait-il autrement lorsque la personne diffamée est une femme mariée ?

La femme mariée peut-elle sans l'autorisation de son mari déposer une plainte ? D'après le droit commun, la femme ne peut ester en justice, sans l'autorisation de son mari (art. 215, C. civil). Si le dépôt d'une plainte était assimilable à l'exercice d'une action en justice, notre question ne se poserait pas ; l'autorisation du mari serait évidemment nécessaire. Mais cette assimilation n'existe pas ; autre chose est le dépôt d'une plainte, autre chose est l'exercice d'une action en justice. Puisqu'il en est ainsi, il semblerait naturel de décider, comme certains auteurs l'ont proposé, que la femme a le droit de porter plainte sans l'autorisation de son mari. Il y a cependant des raisons sérieuses de douter. La plainte de la femme donne seule au ministère public le droit d'agir ; jusqu'au dépôt de la plainte, son initiative est paralysée. Sans doute la femme n'exerce pas par elle-même une action ; mais elle réalise la condition, d'où dépend l'exercice de l'action publique. Le dépôt de la plainte est donc un acte grave. Si d'un autre côté on considère que le nom du mari sera

fatalement mêlé aux débats du procès soulevé par la femme, on reconnaîtra qu'il a quelque droit d'être consulté. Toutes ces raisons nous amènent à décider que la femme ne peut porter plainte sans l'autorisation de son mari. La Cour de cassation a consacré la doctrine contraire à celle que nous soutenons. D'après la cour de cassation, la plainte d'une femme mariée et même d'un mineur suffit pour mettre en mouvement l'action publique (1).

La plainte ne peut plus être déposée après qu'il est intervenu une transaction. Décider le contraire serait méconnaître l'intention des parties. Car il est bien évident, que le diffamateur n'a consenti à la transaction, que pour se soustraire aux poursuites auxquelles la diffamation pouvait donner lieu.

Quelle doit être la forme de la plainte ?

La loi n'exige aucune formalité soit pour la rédaction, soit pour le dépôt de la plainte. Le législateur s'est-il référé au code d'instruction criminelle, et les articles 31 et 65 de ce code, relatifs aux dénonciations et aux plaintes, sont-ils applicables aux plaintes en matière de diffamation ? La jurisprudence antérieure à la loi de 1881 s'était prononcée pour la négative, et avait décidé que la plainte de la personne diffamée n'était pas soumise aux prescriptions du code d'instruction criminelle. Ce qui était vrai avant la loi de 1881 est resté vrai après la promulgation de cette

1. Crim. cass., 5 février 1857. Dalloz, 57; 1, 108. Dans le même sens, de Grattier, 1, 344.

loi ; car la nouvelle loi a reproduit purement et simplement la loi ancienne sur le point qui nous occupe ; pas plus que la législation précédente, elle n'assujettit la plainte à des formalités. Il faut et il suffit que la plainte manifeste bien la volonté du diffamé de poursuivre la diffamation. Ainsi, il a été décidé que la plainte résultait d'une déclaration faite par la partie diffamée à un brigadier de gendarmerie (1) ; d'une lettre adressée au procureur de la République (2) ; d'une lettre adressée par le ministre de la guerre au ministre de la justice, lettre dans laquelle le ministre de la guerre dénonce au ministre de la justice, un article de journal contenant des imputations diffamatoires contre l'armée (3). Mais il faut que la plainte se produise dans des conditions qui permettent d'en constater l'existence. A ce point de vue la plainte écrite doit être préférée. Il semble résulter d'un arrêt de la cour de cassation que la plainte doit être écrite (4).

La plainte doit contenir l'indication des imputations diffamatoires. La cour de cassation n'exige pas qu'elle soit datée (5). Il suffit que la plainte ait précédé l'exercice de

1. Crim. cass., 29 mai 1845. Dalloz, 46, 1, 152. En sens contraire, un arrêt de la Cour d'Angers du 13 septembre 1880. Dalloz, 81, 2, 69.

2. Crim. cass., 20 juin 1873. Dalloz, 73, 1, 269.

3. Crim. cass., 9 février 1877. Dalloz, 77, 1, 414.

4. Crim. cass., 20 mai 1865. Dalloz, 65, 1, 407. En sens contraire, un arrêt de la Cour de Limoges, qui fait résulter la plainte d'une démarche de la personne diffamée auprès des membres du parquet. 25 juin 1852. Dalloz, 53, 2, 7.

5. Crim. cass., 18 janvier 1861. Dalloz, 61, 1, 186.

l'action publique ; et ce fait peut être prouvé de toutes les manières.

Puisque la loi ne soumet la plainte à aucune formalité, nous avons à nous demander si une action en dommages-intérêts, intentée par la personne diffamée devant les tribunaux civils, peut tenir lieu de plainte. Cette question est vivement controversée. Pour nous, la négative est évidente. Nous disions, il n'y a qu'un instant, que l'intention de poursuivre la répression pénale de la diffamation, doit résulter de la plainte ou de l'acte assimilé à la plainte par la jurisprudence. Or, cette intention n'apparaît pas dans notre hypothèse. Bien au contraire, l'exercice de l'action en dommages-intérêts devant les tribunaux civils, est la preuve que la personne diffamée ne veut pas poursuivre la diffamation. La loi met, en effet, à sa disposition deux actions, l'action publique et l'action civile en dommages-intérêts ; en choisissant cette dernière, la personne diffamée a implicitement renoncé à la première : ce serait donc méconnaître son intention, que d'autoriser le ministère public à exercer l'action publique.

La citation devant les tribunaux répressifs, donnée à la requête du diffamé, équivaut à une plainte (art. 183 Inst. crim.).

Effets de la plainte.

La plainte donne au ministère public le droit de poursuivre la diffamation. Si le ministère public n'a pas attendu

pour agir, le dépôt d'une plainte, tous les actes de poursuite sont nuls, ainsi que la condamnation qui a pu être prononcée (1). Un arrêt de la chambre criminelle a décidé, que cette nullité était une nullité d'ordre public,proposable pour la première fois devant la Cour de Cassation (2).

Après la plainte, le ministère public conserve son indépendance ; il n'est pas forcé de poursuivre ; il poursuit, s'il le juge convenable.

Ce droit du ministère public de poursuivre la diffamation subsiste-t-il après le retrait de la plainte par la personne diffamée ?

Dans un premier système on décidait que le ministère public ne peut plus agir, à la condition toutefois que le retrait de la plainte ait lieu avant le commencement des poursuites. Si le retrait survenait après le commencement des poursuites, le ministère public conservait son droit. Pour justifier cette solution, on invoquait les considérations suivantes. Le ministère public est engagé désormais, sa dignité est en quelque sorte intéressée, à ce que la continuation des poursuites ne dépende pas du caprice du plaignant. Quelle garantie aurait-on que ce retrait de la plainte, ne serait pas aussitôt suivi du dépôt d'une seconde plainte, laquelle serait suivie d'un second retrait ? D'autre part des frais ont été faits pour la licitation de la partie et des témoins ; ces frais resteraient à la charge de l'État si

1. Cour d'Aix, 3 mai 1867. Dalloz, 67, 5, 326.

2. Crim. cass., 20 avril 1867. Dalloz, 67, 1, 462. Dans le même sens, Crim. cass., 20 mars, 1875. Dalloz, 75, 1, 385.

les poursuites s'arrêtent. Elles devront donc continuer (1).

Dans un second système sanctionné par la jurisprudence (2), le retrait de la plainte laissait intact le droit du ministère public. La plainte a eu pour effet de lui donner le droit d'exercer l'action publique ; il le conserve malgré le retrait, sans qu'on ait à distinguer si le retrait a été effectué avant ou après le commencement des poursuites, la personne diffamée devant réfléchir avant de déposer sa plainte ; une fois la plainte déposée, la justice doit suivre son cours. Pourquoi, comme le dit la première opinion, le retrait serait-il possible avant le commencement des poursuites, impossible après ? Aucune bonne raison ne peut être donnée à l'appui de cette distinction. Le droit du plaignant doit être absolu, et ne doit pas dépendre des circonstances ; il en est de même du droit du ministère public. Il faut donc décider que le ministère public garde sa liberté d'action, que les poursuites aient été ou non commencées. Cette question ne présente plus d'intérêt aujourd'hui. car l'article 60 dernier alinéa de la loi de 1881, décide que le désistement du plaignant arrêtera les poursuites commencées.

1. Grellet-Dumazeau, tome 1, page 253.

2. Crim. cass., 7 septembre 1850. Dalloz, 50, 5, 386. Crim. cass., 28 mai 1852. Dalloz, 52 1, 144.

SECTION II

Action civile.

L'action civile tend à la réparation du préjudice causé par la diffamation.

L'action civile n'appartient qu'à la personne diffamée. Elle seule, en effet, peut décider si elle a éprouvé un préjudice et s'il lui convient d'en demander réparation. Nous accorderons également l'action civile aux personnes sur lesquelles aura rejailli la diffamation (1).

Certains auteurs (2) reconnaissent le droit d'exercer l'action civile aux maris, aux pères et mères à raison des diffamations dirigées contre leurs femmes ou contre leurs enfants. Quelques arrêts se sont prononcés dans le même sens (3). Cette doctrine qui est très raisonnable, lorsque la diffamation qui atteint la femme ou les enfants, atteint personnellement le mari ou le père, est inadmissible dans l'hypothèse contraire. Et ce qui le prouve bien, c'est le soin avec lequel les arrêts cités, en note, relèvent cette circonstance, que le mari ou le père ont été atteints dans leur con-

1. Crim. cass., 29 janvier 1875, Dalloz, 75, 1, 393.

2. Aubry et Rau, tome 4. 4^e édition, page 749.

3. Cour de Liège, 24 mai 1823. Dalloz, *Rép. Presse, outrage*, n° 867. Cour de Montpellier, 12 novembre 1855. Dalloz, 56, 2, 141. Dans les deux espèces visées par ces arrêts, il s'agissait de diffamations dirigées contre une fille majeure.

sidération personnelle, par la diffamation dirigée contre sa femme ou ses enfants. N'est-ce pas dire par *a contrario*, que le mari ou le père, à défaut de cette atteinte portée à leur considération personnelle, ne pourraient pas exercer l'action civile ?

Les mineurs sont incapables d'exercer l'action civile. L'exercice de cette action appartient à leur père, mère ou tuteur (1).

Lorsqu'une diffamation a été dirigée contre une société, quelle personne pourra intenter l'action civile ? Il faut faire une distinction. Si la société ne constitue pas une personne morale, l'action civile peut être exercée par les membres de la société ; elle ne peut pas être exercée au nom de la société par le directeur. Lors au contraire que la société constitue une personne morale, le directeur a qualité pour agir en son nom (2). C'est ainsi que la cour de Chambéry a décidé que l'ordre des avocats formant un être moral, le bâtonnier avait le droit de se porter partie civile, au nom de l'ordre (3).

Les héritiers de la personne diffamée ne peuvent exercer l'action civile, à raison de la diffamation dirigée contre leur

1. Nous avons vu que la Cour de cassation décidait que la plainte d'un incapable, d'une femme mariée, ou d'un mineur suffisait pour mettre en mouvement l'action publique, 5 février 1857. Dalloz, 1857, 1, 408. Dans le même arrêt, elle exige pour l'exercice de l'action civile que le plaignant soit maître de ses droits. Conformément à l'opinion émise au texte, la Cour de cassation refuse donc l'action civile au mineur et à la femme mariée.

2. Crim. cass., 21 juillet 1854. Dalloz, 55, 1, 141.

3. Cour de Chambéry, 20 juillet 1872. Dalloz, 73, 2, 0.

auteur, lorsque ce dernier n'a pas déposé une plainte de son vivant.

Le montant de la réparation sera arbitré par le tribunal saisi de l'action civile. La plupart du temps le diffamateur sera condamné à payer une somme d'argent au diffamé ; mais, comme la condamnation à une somme d'argent serait dans bien des cas une réparation insuffisante, le tribunal pourra, sur les conclusions de la partie civile, ordonner l'insertion du jugement dans plusieurs journaux, la rectification ou la suppression de l'écrit diffamatoire lorsque la diffamation aura été commise par la voie de la presse.

Contre quelles personnes pourra être exécutée la condamnation à des dommages-intérêts prononcée au profit de la partie civile ? Elle pourra être exécutée contre toutes les personnes qui ont été reconnues coupables du délit de diffamation, soit comme auteurs principaux, soit comme complices. Elle pourra l'être également, lorsqu'il s'agit d'une diffamation commise dans un journal ou dans un autre écrit périodique, contre le propriétaire de ce journal ou de cet écrit. C'est ce que décide l'article 44 de la loi de 1881 lequel est ainsi conçu : « Les propriétaires des journaux ou écrits périodiques sont responsables des condamnations pécuniaires prononcées au profit des tiers, contre les personnes désignées dans les deux articles précédents, conformément aux dispositions des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil. » Les personnes désignées dans les articles 42 et 43 sont les gérants, éditeurs, auteurs, imprimeurs, distributeurs, colporteurs et afficheurs.

La responsabilité du propriétaire du journal ou de l'écrit périodique se trouve restreinte aux condamnations pécuniaires prononcées au profit des tiers ; elle ne s'étend pas aux amendes, auxquelles ont pu être condamnées les personnes reconnues coupables de diffamation. C'est ce qui résulte du texte de l'article et des travaux préparatoires. L'article 44 du projet disposait : « que le propriétaire était responsable des condamnations pécuniaires prononcées contre les personnes désignées » dans les articles 42 et 43. Ainsi rédigé, l'article pouvait s'appliquer aux condamnations et dommages-intérêts et aux amendes. Pour éviter toute confusion et prévenir toute controverse, l'article du projet, qui avait été adopté tel quel, en première lecture par la Chambre des députés, fut modifié lors de la seconde délibération (1). L'article ainsi modifié statuait en ces termes : « Les propriétaires des journaux ou écrits périodiques seront civilement (2) responsables des condamnations pécuniaires prononcées au profit des tiers. » L'intention du législateur, de limiter la responsabilité du propriétaire aux condamnations à des dommages-intérêts est donc évidente (3).

1. Séance du 14 février. Chambre des députés. *Journal officiel*. Débats de la Chambre, p. 236.

2. Le Sénat a fait disparaître de la rédaction définitive le mot civilement.

3. M. Floquet a combattu très vivement l'article 44. D'après M. Floquet, cet article aboutissait au rétablissement indirect du cautionnement supprimé par la loi nouvelle. En outre, cet article partait de cette idée fausse que le propriétaire d'un journal en avait la direction et la surveillance. Séance du 15 février. *Journal officiel*. Débats de la Chambre, page 267.

La responsabilité des propriétaires des journaux ou écrits périodiques est celle du droit commun, comme le prouve le renvoi aux articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil. Les derniers mots de l'article 44 « conformément aux dispositions des articles 1382, etc., du Code civil » ont été ajoutées par le Sénat à l'article du projet tel qu'il avait été voté par la Chambre des députés. M. Pelletan, dans son rapport au Sénat, expliquait ainsi la portée et le sens de cette addition : « La responsabilité prévue par cet article (l'art. 44) sera celle qui résulte du droit commun, et elle se mesurera conformément aux règles de nos lois civiles et communales. Le propriétaire ou les propriétaires ont-ils commis une faute ou une négligence dommageable, les articles 1382 et 1383 du Code civil les atteindront. Ils répondront aussi des condamnations prononcées au profit des tiers contre le gérant, dans le cas où celui-ci aurait le caractère de préposé dans le sens de l'article 1384 du Code civil. C'est pour préciser la portée du principe de responsabilité posé par la Chambre, que votre commission a ajouté ces mots : « Conformément aux articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil (1). »

M. Lisbonne, dans le second rapport qu'il a rédigé, lors du renvoi à la Chambre, de la loi votée par le Sénat, a bien mis en relief la différence qui existait entre le texte de l'article 44 tel qu'il avait été voté par le Sénat, et le texte primitif voté par la Chambre des députés. « Le projet qui nous est renvoyé reconnaît le principe de la responsabilité

1. Rapport de M. Pelletan au Sénat. Annexe du Sénat, page 464.

des propriétaires, mais, tandis que la disposition votée par vous déclarait les propriétaires responsables d'une façon absolue, celle que le Sénat propose fait *dégénérer* la règle en une question d'espèce (1). » Ainsi, les propriétaires n'encourent pas la responsabilité de l'article 44, par cela seul que des condamnations ont été prononcées contre les gérants, auteurs, imprimeurs, distributeurs ou afficheurs. Cette responsabilité n'est pas attachée à leur qualité de propriétaire ; elle dépend des événements, des circonstances dont l'appréciation est laissée aux juges, la question de la responsabilité des propriétaires « *dégénère en une question d'espèce* ». Les tribunaux auront en conséquence à rechercher si le propriétaire a commis une faute (art. 1382 du Code civil), une négligence ou une imprudence (art. 1383), ou si la personne contre laquelle la condamnation aux dommages-intérêts a été prononcée, pouvait être considérée comme le préposé du propriétaire (art. 1383, 3^e alinéa). Nous pensons que le gérant d'un journal doit être réputé le préposé du propriétaire. A l'appui de cette opinion nous pouvons invoquer un passage du rapport de M. Lisbonne à la Chambre des députés : « Les gérants seront considérés, à moins de circonstances exceptionnelles, comme étant les préposés des propriétaires de journaux, dans le sens qu'a voulu donner à cette expression le législateur de 1804 (2). »

1. Rapport de M. Lisbonne. *Journal officiel*. Débats de la Chambre, pagé 1720.

2. Rapport de M. Lisbonne, Chambre des députés. Séance du 21 juillet. V. note précédente.

Deuxième partie

Quelles personnes peuvent être poursuivies

Ce chapitre sera divisé en deux sections. Dans la première, nous déterminerons quelles sont les personnes qui peuvent être poursuivies comme auteurs et complices de la diffamation. Dans la deuxième section, nous étudierons les immunités conférées par la loi à certaines personnes.

SECTION I

Des personnes qui peuvent être poursuivies comme auteurs et comme complices de la diffamation.

Les principes en cette matière varient selon que la diffamation a été commise par la parole ou par la voie de la presse. En effet les articles 42 et 43 de la loi de 1881, qui déterminent quels sont les auteurs principaux et les complices, ne visent expressément que les crimes et les délits commis par la voie de la presse. Ils sont donc inapplicables aux délits de parole. Nous sommes ainsi naturellement amenés à distinguer, la diffamation commise par la parole, et la diffamation commise par la voie de la presse.

Dans la diffamation verbale, la détermination des auteurs et des complices se fait d'après les principes du droit

commnn. L'auteur principal d'un délit est celui qui accomplit réellement ce délit, les complices sont ceux qui ont provoqué les auteurs principaux à l'accomplissement du délit, ceux qui ont donné des instructions pour le commettre, ceux qui ont sciemment aidé les auteurs principaux de manière à préparer, faciliter ou consommer la perpétration du délit (art. 60 Code pénal). Comme la diffamation ne constitue un délit que si elle a été rendue publique dans les conditions prescrites par la loi, il en résulte que ceux-là devront être considérés comme auteurs principaux de la diffamation qui auront « *proféré les imputations diffamatoires dans les lieux ou réunions publiques.* » Les complices seront tous ceux qui auront provoqué la diffamation, qui auront donné des instructions pour la commettre, de qui auront fourni les renseignements. On conçoit qu'en matière de diffamation verbale il soit très difficile d'établir la complicité d'une personne.

Lorsque la diffamation a été commise par la voie de la presse, les auteurs principaux et les complices sont déterminés par les art. 42 et 43 de la loi de 1881. Voici le texte de ces articles. Art. 42 : « Seront passibles, comme auteurs principaux des peines qui constituent la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse dans l'ordre ci-après, savoir : 1° les gérants ou éditeurs, quelles que soient leurs professions ou leurs dénominations ; 2° à leur défaut, les auteurs ; 3° à défaut des auteurs, les imprimeurs ; 4° à défaut des imprimeurs, les vendeurs, distributeurs ou afficheurs,

Art. 43. Lorsque les gérants ou les éditeurs seront en cause, les auteurs seront poursuivis comme complices. Pourront l'être au même titre et dans tous les cas, toutes personnes auxquelles l'art. 60 du code pénal pourrait s'appliquer. Ledit article ne pourra s'appliquer aux imprimeurs pour faits d'impression, sauf dans le cas et les conditions prévus par l'art. 6 de la loi du 7 juin 1848 sur les attroupements. »

Ainsi, la loi établit quatre catégories de personnes qui peuvent être poursuivies comme auteurs principaux : 1^o les gérants ou éditeurs ; 2^o les auteurs ; 3^o les imprimeurs ; 4^o les vendeurs, distributeurs ou afficheurs. L'ordre dans lequel ces personnes sont énumérées par l'art. 42, est également l'ordre dans lequel les poursuites doivent être exercées. Une personne appartenant à la deuxième, à la troisième ou à la quatrième catégorie, ne peut être valablement poursuivie comme auteur principal, qu'autant qu'il n'existe pas de personne appartenant à la catégorie qui la précède immédiatement. Par exemple, l'imprimeur ne peut être poursuivi que dans le cas où il n'y a pas d'auteur, les vendeurs et distributeurs ne peuvent être poursuivis, que s'il n'y a pas d'imprimeur connu ou présent. Cette décision de la loi est très remarquable. La qualité d'auteur principal n'est pas déterminée d'une manière invariable. Elle ne dépend pas de la nature du concours que l'on a prêté à l'accomplissement du délit, mais d'une circonstance de fait. La même personne peut, suivant les cas, être ou ne pas être considérée comme auteur principal. Sous l'em-

pire de la législation antérieure les propriétaires signataires du journal et les gérants responsables pouvaient seuls être poursuivis comme auteurs principaux. Quant aux auteurs, ils ne peuvent être poursuivis que comme complices (art. 8, loi du 18 juillet 1828). En augmentant le nombre des personnes qui peuvent être considérées comme auteurs principaux, la loi de 1881 a eu pour but d'assurer la répression des délits commis par la voie de la presse. C'est ce que disait M. Lisbonne, dans son rapport à la Chambre des députés : « Grâce à ces dispositions, disait-il, il n'y aura guère de délits qui puissent échapper à la répression, et, à part le cas où l'on pourra mettre éditeur et auteur en cause, il n'y aura jamais qu'une personne à traduire en justice ; quelle qu'elle soit, elle n'aura à exciper ni de sa qualité ni de sa bonne foi. En se refusant à faire connaître les coupables ou en prêtant son concours à des personnes résidant à l'étranger, n'aura-t-elle pas volontairement assumé la responsabilité de la publication ? »

Après avoir dit quels sont les auteurs principaux, passons à la détermination des complices.

D'après l'article 43 les personnes qui peuvent être poursuivies comme complices sont : 1° Toutes les personnes énumérées dans l'article 42 excepté le gérant ou éditeur. 2° les personnes auxquelles pourrait s'appliquer l'article 60 du code pénal.

Les auteurs seront poursuivis comme complices lorsque les gérants ou éditeurs seront en cause. Remarquons cette expression : seront poursuivis. La loi impose au ministère

public l'obligation d'impliquer les auteurs dans les poursuites dirigées contre les gérants ou éditeurs. La loi de 1881 n'a rien changé à la législation ancienne en ce qui concerne les auteurs. L'article 8 de la loi du 18 juillet 1828 décidait également qu'ils devaient être poursuivis comme complices.

Les imprimeurs ne sont pas, en principe, et en leur qualité d'imprimeurs, réputés complices. Le fait seul d'avoir imprimé un écrit délictueux, ne suffit pas pour constituer les imprimeurs en état de complicité. Ce principe avait été posé par la loi du 17 mai 1819 dans son article 24. Mais ce principe n'avait pas alors la portée que lui a donnée la loi de 1881. L'article 24 de la loi de 1819 décidait en effet, que les imprimeurs qui avaient rempli les obligations prescrites par le titre 11 de la loi du 21 octobre 1814, ne pouvaient être reprochés pour le simple fait d'impression de ces écrits, à moins qu'ils n'aient agi sciemment, ainsi qu'il est dit à l'article 60 du code pénal. Il suffisait que l'imprimeur eût agi sciemment pour qu'il fût traité comme complice. Les exceptions au principe devaient donc être, et étaient en fait très nombreuses. Une loi spéciale, la loi du 7 juin 1848, sur les attroupements, déclarait dans son article 6, les imprimeurs, complices, lorsqu'ils avaient imprimé sciemment des écrits contenant une provocation directe à un attroupement armé ou non armé. Telle était la législation antérieure à la loi de 1881. Elle pouvait se résumer dans ces deux propositions : 1° Le fait d'avoir imprimé un écrit délictueux ne suffit pour que l'imprimeur soit consi-

déré comme complice. 2° A part l'hypothèse particulière visée par l'article 6 de la loi du 7 juin 1848, la complicité des imprimeurs était régie par le droit commun.

D'après la loi de 1881, l'imprimeur ne peut pas en principe être poursuivi comme complice, qu'il ait agi sciemment ou non. Le rapporteur à la Chambre des Députés justifiait ainsi la loi nouvelle : « Quant à l'imprimeur, dit M. Lisbonne, peut-on le considérer comme un véritable complice ? Sans doute il a fourni les presses ; mais les a-t-il fournies avec l'intention de les faire servir au délit qui va se commettre ? A-t-il même lu l'écrit qu'il avait imprimé ? L'ayant lu, l'a-t-il compris. — Est-il juste d'exposer inutilement aux rigueurs de la loi, une personne dont la coopération intentionnelle à l'accomplissement du délit ne sera jamais démontrée avec une certitude suffisante ? Comment enfin ne pas voir que la responsabilité de l'imprimeur est une menace perpétuelle contre la liberté de l'écrivain. Nous vous proposons en conséquence de décider, que l'imprimeur ne pourra être poursuivi comme complice de l'écrivain (1). La loi cependant fait une exception, mais une seule, au principe que l'imprimeur ne peut pas être poursuivi comme complice. Elle décide en effet que l'article 60 du Code pénal s'appliquera aux imprimeurs dans le cas prévu par l'article 6 de la loi du 7 juin 1848 (2). Le sou-

1. Chambre des députés. Séance du 14 février 1881 (Rapport de M. Lisbonne).

2. Le renvoi à la loi du 7 juin 1848 a été maintenu bien que la suppression en ait été proposée lors de la deuxième lecture par la commission qui

ci de la sécurité publique exigeait cette dérogation à la règle générale.

Tout ce que nous venons de dire, au sujet de la complicité des imprimeurs, ne doit être considéré comme exact qu'autant qu'il s'agit de faits d'impression. D'où il résulte que si l'imprimeur avait participé à l'accomplissement d'un délit commis par la voie de la presse, en une autre qualité qu'en sa qualité d'imprimeur, et autrement que par des faits d'impression, par exemple, comme auteur, comme éditeur, s'il avait donné des instructions pour commettre le délit, s'il l'avait provoqué, il pourrait être poursuivi soit conformément au droit commun, soit d'après les règles spéciales aux délits de presse. « Ce n'est plus en effet comme imprimeur, disait M. Lisbonne dans son rapport, qu'il sera poursuivi. — C'est la nature du concours prêté à la perpétration du délit, et non la qualité ou la profession de la personne qui l'a prêté, qui détermine sa responsabilité. Un imprimeur, par exemple, qui serait l'éditeur d'un livre ou le gérant d'un journal, ne pourrait exciper de sa qualité d'imprimeur pour échapper aux poursuites auxquelles l'exposerait le fait de la publication. »

La troisième classe de complices est composée de distributeurs, afficheurs et colporteurs. La complicité des distribu-

n'admettait, a dit M. Lisbonne, « d'autre complicité en matière de délits de la presse et de la parole que celle de l'art. 43, tel que nous vous le proposons aujourd'hui. Nous nous écartons par conséquent d'une façon absolue, en cette matière spéciale, des dispositions générales de l'art. 60 du Code pénal. » Mais l'article fut voté sans que la proposition de suppression ait été soumise au vote de la Chambre (séance du 14 février 1881).

teurs, afficheurs et colporteurs ne résulte pas de l'article 43, mais bien de l'article 22 de la loi de 1881. Cet article dispose, que les colporteurs et distributeurs pourront être poursuivis conformément au droit commun, s'ils ont sciemment colporté ou distribué les écrits délictueux. Dans l'article 43 du projet de loi, qui est devenu l'article 43 de la loi à la suite de ces mots : « Le dit article (l'article 60 du Code pénal, ne pourra s'appliquer aux imprimeurs pour faits d'impression, » se trouvaient les mots : « ni aux vendeurs, distributeurs ou afficheurs pour faits de vente, distribution ou affichage. » Ces mots ont été supprimés sur une observation de M. Ribot qui a fait remarquer, qu'il y avait contradiction entre ce texte et l'article 22 de la même loi (1).

Enfin les personnes qui sans être auteurs, imprimeurs, distributeurs ou colporteurs, auront participé à l'accomplissement du délit, pourront être poursuivies conformément au droit commun. La loi dit : pourront être poursuivies, ce qui signifie que les poursuites ne sont pas dans ce cas obligatoires, mais simplement facultatives pour le ministère public.

Il n'y a aucun intérêt pratique à la distinction établie par la loi entre les complices et les auteurs principaux. En effet, les peines prononcées contre les auteurs et les complices sont les mêmes. En outre, la jurisprudence admet qu'une personne peut être condamnée comme complice d'un

1. Séance du 1^{er} février 1881. *Journal officiel*. Débats de la Chambre, page 131.

délit de presse, alors qu'aucune condamnation n'est prononcée contre l'auteur principal (1). La réponse du jury, négative sur la culpabilité du gérant, affirmative sur la culpabilité du rédacteur ne sont pas contradictoires.

SECTION II

Des immunités

La loi établit, dans l'intérêt général, des exceptions au principe d'après lequel tout citoyen doit répondre des délits qu'il a pu commettre, devant la justice de son pays. Ces exceptions constituent ce que l'on appelle des immunités. Dans la matière des délits de parole et de presse, nous rencontrons des immunités remarquables consacrées par l'art. 41 de la loi de 1881. Cet article décide en substance que : « ne donneront ouverture à aucune action les discours tenus dans le sein de l'une des deux chambres, ainsi que les rapports ou toutes autres pièces imprimées par ordre de l'une des deux chambres ». Il en sera de même des discours ou écrits produits devant les tribunaux, et des comptes-rendus fidèles faits de bonne foi, dans les journaux, des séances publiques des deux chambres et des débats judiciaires. Cet article se justifie, comme nous le disions au début, par des considérations d'intérêt général.

1. Crim. cass., 23 février 1837. Sirey, 37, 1, 260, et crim. cass., 30 août 1839. Sirey, 39, 1, 874.

Il importe à tous que le mandat de représentant de la nation, de sénateur, de député, puisse s'exercer en toute liberté, et en pareille matière la condition de la liberté, c'est la sécurité. Il faut que le député, le sénateur, puisse dire tout ce qu'il croit utile de dire, sans s'exposer à des poursuites ou à une action en justice. Il ne doit relever que de sa conscience. Ce que nous disons des membres des assemblées politiques s'applique également aux avocats, et d'une manière plus générale, aux personnes chargées de la défense d'un accusé. L'intérêt supérieur de la défense ne peut être respecté, qu'en accordant à l'avocat le droit de s'exprimer avec une entière indépendance de langage.

L'art. 41 reproduit les dispositions des articles 21, 22 et 23 de la loi du 17 mai 1819, après leur avoir fait subir quelques modifications insignifiantes. Nous diviserons nos explications sur l'art. 41 en trois paragraphes.

§ 1^{er}. Discours et écrits tenus dans l'une des deux chambres ou imprimés par l'ordre de l'une d'elles ;

§ 2. Discours et écrits produits devant les tribunaux ;

§ 3. Compte-rendu des séances des deux chambres et des débats judiciaires.

§ 1. — *De l'immunité accordée aux discours tenus devant l'une des deux chambres et aux écrits imprimés par leur ordre.*

Le premier alinéa de l'art. 41 est ainsi conçu : « Ne donneront ouverture à aucune action les discours tenus dans

le sein de l'une des deux chambres, ainsi que les rapports ou toutes autres pièces imprimés par ordre de l'une des deux chambres • (1). Remarquons la rédaction de cet alinéa ; il ne dit pas : ne pourront être poursuivis les membres des deux chambres, les sénateurs ou les députés. Il dit : ne donneront lieu à aucune ouverture les discours tenus devant les chambres. L'immunité n'est pas, si l'on peut ainsi parler, personnelle, elle est réelle ; elle est attachée aux discours produits devant les chambres, aux pièces, rapports, écrits imprimés par leurs ordres. Il n'était pas indifférent d'employer l'une ou l'autre de ces rédactions. Si le législateur avait dit que les membres des chambres ne pouvaient être poursuivis à raison de leurs discours, comme cette disposition était exceptionnelle, elle n'aurait profité qu'aux sénateurs et aux députés ; le bénéfice en aurait été justement refusé aux personnes qui n'étaient ni sénateurs, ni députés, par exemple aux commissaires du gouvernement et aux ministres. Tel qu'il est rédigé l'alinéa premier s'applique sans aucun doute à toutes les personnes qui ont prononcé un discours devant l'une ou l'autre des deux chambres, aux sénateurs, aux députés, aux simples commissaires du gouvernement chargés de soutenir un

1. L'art. 44 du projet de la commission de la Chambre des députés (qui est devenu notre art. 41) n'accordait l'immunité qu'aux discours prononcés et aux écrits produits devant les tribunaux. Il ne disait rien des discours prononcés devant les Chambres. Le 1^{er} alinéa de notre art. 41 a été ajouté, lors de la discussion de l'art. 68 sur les observations du président de la Chambre des députés, qui était alors M. Gambetta (Séance du 5 février 1881. *Journal officiel*, Débats de la Chambre, page 154.

projet de loi, aux ministres qui ne font pas partie des chambres.

L'immunité doit s'étendre à la reproduction intégrale, sous quelque forme qu'elle ait lieu, aux discours prononcés dans l'une ou l'autre des deux chambres.

L'article 41 contenant une dérogation au droit commun doit être interprété restrictivement. Ainsi l'alinéa 1^{er} ne vise expressément que les discours tenus... devant les chambres, ces expressions là doivent être prises à la lettre. Il faut que le discours ait été prononcé réellement. Un discours écrit, que des circonstances quelconques auraient empêché de prononcer dans l'enceinte législative ne bénéficierait pas de l'immunité. Lors de la discussion de la loi de 1819 M. Lainé avait déposé un amendement tendant à appliquer l'article 21 de cette loi, aux discours écrits, qui n'avaient pu être prononcés et qui n'avaient pu être publiés. Royer-Collard combattit cet amendement. « Nos paroles, disait-il, sont soumises à votre juridiction, mais les écrits ne le sont pas. Ne les entendant pas, vous ne pouvez pas juger s'ils sont coupables. La Chambre répond, sous certains rapports, de ce que nous avons dit devant elle, et c'est parce qu'elle en répond que nous n'en répondons à personne ; mais elle ne peut pas répondre, sous les mêmes rapports, de nos écrits, parce qu'elle n'est pas obligée de nous lire, comme elle est obligée de nous entendre. Cela posé, la conséquence de l'amendement de M. Lainé serait que, relativement à la diffamation, le député qui n'est pas irresponsable, quand il parle, qui peut être puni

par la Chambre s'il abuse de la parole, serait affranchi de toute responsabilité s'il écrivait au lieu de parler. A cette condition, il aurait le privilège de la diffamation ; il serait inviolable. Privilège insolent que nous devrions nous empresser d'abdiquer si nous avions le malheur d'en être revêtus. » L'amendement de M. Lainé fut repoussé. La solution que nous avons donnée se trouve donc conforme à la fois à la lettre et à l'esprit de la loi.

L'immunité doit également être refusée aux pétitions adressées à la Chambre et au Sénat, et aux protestations dirigées contre une élection à l'une de ces deux assemblées. C'est ce qu'a décidé la jurisprudence d'une manière à peu près unanime (1). Nous ne connaissons qu'une seule décision en sens contraire ; c'est un jugement rendu par le tribunal de Colmar en 1864, et rapporté par MM. Pondera et Pierre dans leur traité de droit pratique parlementaire (2). D'après le tribunal de Colmar, c'est au corps législatif seul qu'il appartient de statuer sur l'élection de ses membres, d'apprécier les protestations qui lui sont soumises, et de décider si elles doivent être ou non déférées à la justice. Les tribunaux ne peuvent être saisis de la connaissance des délits contenus dans ces protestations que du jour où la Chambre en a ordonné le renvoi au garde des sceaux. Jusqu'à ce moment les tribunaux sont incompé-

1. Tribunal de Vendôme, 10 octobre 1846. Dalloz, 46, 3, 165. Cour d'Orléans, 31 mai 1847. Dalloz, 47, 2, 161. Cour de Bourges, 14 janvier 1879. Dalloz, 79, 2, 149. Cour de Paris, 13 janvier 1880. Dalloz, 81, 2, 189.

2. Traité de droit pratique parlementaire, n° 661, 2^e édition.

tents, le renvoi de la protestation au garde des sceaux leur restitue toute leur compétence : « Ce cas excepté, dit le tribunal de Colmar, il y a lieu de décider, que les protestations qui sont adressées au corps législatif pendant qu'il exerce sa juridiction électorale, doivent jouir de la même immunité que les écrits produits devant les autres tribunaux (1). »

Ainsi, la jurisprudence, sauf une seule exception, admet que les protestations adressées aux assemblées législatives ne jouissent pas de l'immunité. En conséquence, ces protestations donneront ouverture s'il y a lieu, à des actions : les actions qui pourront être exercées par les personnes intéressées seront, suivant les cas, l'action civile en réparation du dommage causé, et l'action en diffamation (2).

La loi n'a conféré l'immunité qu'aux discours prononcés dans le Sénat ou dans la chambre des députés, et aux pièces et rapports imprimés sur leurs ordres. En ce qui concerne les discours prononcés dans les conseils généraux,

1. M^e Crémieux avait, dès l'année 1846, soutenu cette thèse devant le tribunal de Vendôme et la Cour d'Orléans. Voyez la plaidoirie de M^e Crémieux dans le recueil de Dalloz en tête du jugement du tribunal de Vendôme rapporté dans une précédente note.

2. Le tribunal de Vendôme et la Cour d'Orléans dans les décisions citées plus haut avaient reconnu sans difficulté que les imputations contenues dans une protestation adressée à une assemblée législative, réunissaient toutes les conditions requises pour constituer une diffamation, et notamment la condition de publicité. La Cour de Bourges au contraire dans son arrêt du 14 janvier 1879 estime que « l'élément de publicité intentionnelle fait défaut. » D'après la Cour de Bourges, le délit de diffamation n'existe pas. Dalloz, 79, 2, 149.

les conseils d'arrondissement, et les conseils municipaux, la loi est muette. Doit-on, par analogie, leur appliquer le premier alinéa de l'article 41 ? La négative est évidente. Le texte de la loi s'y oppose. La jurisprudence, avant la loi de 1881 avait refusé le bénéfice de l'immunité aux discours prononcés devant les différents conseils (1). Lors de la discussion de la loi de 1881 au Sénat, un membre avait proposé d'étendre l'immunité aux délibérations des conseils généraux, d'arrondissement et municipaux. Cette proposition fut repoussée par la commission, et M. le rapporteur Pelletan justifiait ainsi, la décision prise par la commission : « Notre commission a pensé que l'intérêt d'ordre majeur qui avait engagé le législateur à créer une immunité pour les discours tenus dans les deux chambres, ne saurait exister au même degré pour les délibérations d'un conseil général ou d'un conseil municipal. Elles restent sous l'empire du droit commun ; elles peuvent donner lieu à une poursuite en diffamation. »

C'est donc intentionnellement que le législateur n'a pas parlé des conseils généraux et municipaux ; l'article 41 leur est inapplicable. Les tribunaux devront cependant, comme le dit un arrêt « concilier la liberté des discussions légales avec le respect dû à l'honneur et à la considération des personnes », et rechercher si les paroles prononcées constituent l'exercice légitime du mandat de conseiller municipal

1. Crim. cass., 30 novembre 1861. Dalloz, 63, 1, 50. Crim. cass., 22 janvier 1883. Dalloz, 63, 1, 51.

2. Crim. cass., 17 mai 1845. Dalloz, 45 1, 347.

ou général, ou si elles n'ont été dictées que par une intention méchante. Quel sera le tribunal compétent pour trancher cette question ? Il faut distinguer deux hypothèses. Ou bien la diffamation est le fait d'un ou plusieurs membres du conseil considérés individuellement ; ou bien elle est le fait du conseil tout entier ; par exemple elle résulte d'un vote émis par le conseil, et des termes dans lesquels ce vote a été formulé. Dans la première hypothèse, il faut attribuer la connaissance du délit de diffamation aux tribunaux de droit commun. Cette solution a été adoptée par la cour de cassation. Dans notre espèce, nous ne connaissons ni jugement ni arrêt qui statue en sens contraire. Si nous passons à la seconde hypothèse, nous constatons que la jurisprudence s'est divisée. La cour d'Aix et le conseil d'État se fondant sur le caractère administratif de l'acte et sur le principe de la séparation des pouvoirs, proclament la compétence de l'autorité administrative (1). La cour de cassation, à l'opinion de laquelle nous croyons devoir nous ranger, s'est prononcée pour la compétence des tribunaux de droit commun (2). Le système de la cour de cassation a reçu en quelque sorte la consécration législative pendant la discussion de la loi de 1881 devant le Sénat. Un sénateur, M. Demole, avait proposé de déférer au tribunal des conflits l'examen de la question suivante : les discours prononcés, les écrits produits devant un conseil général, d'arrondisse-

1. Cour d'Aix, 22 mai 1862. Dalloz, 63, 1, 51. Conseil d'État, 9 décembre 1842. Dalloz. Répertoire, *Presse, outrage*, 1170.

2. Crim. cass., 22 janvier 1863. Dalloz, 63, 1, 51.

ment ou municipal, les délibérations prises par ces conseils sont-ils ou ne sont-ils pas des actes administratifs ? Dans le premier cas les tribunaux de droit commun étaient incompétents ; ils étaient compétents dans le cas contraire. La commission du Sénat a repoussé l'amendement de M. Demole par les raisons que nous fait connaître M. Pelletan dans son rapport. « Le tribunal des conflits, dit M. Pelletan, est bien haut placé, bien rarement appelé à juger, pour qu'on puisse le saisir à tout propos d'une question souvent insignifiante de diffamation ou d'injure... Ce mode de procédure lointaine, dispendieuse, équivaldrait à une véritable immunité. Votre commission a préféré laisser au JUGE ORDINAIRE, le soin de décider ce qui peut constituer, selon les cas, un fait diffamatoire ou l'exercice légitime de la fonction. » La volonté du législateur et la jurisprudence de la cour de cassation sont donc entièrement d'accord. La connaissance des délits de diffamation commis dans les conseils généraux, d'arrondissement ou municipaux appartient aux tribunaux de droit commun.

§ 2. — *De l'immunité accordée aux discours prononcés et aux écrits produits devant les tribunaux.*

L'immunité que nous avons étudiée dans le paragraphe précédent s'applique aussi aux discours prononcés et aux écrits produits devant les tribunaux. Elle est destinée, comme nous l'avons déjà fait remarquer, à assurer la liberté de la défense et la manifestation de la vérité. Mais,

à côté de l'immunité, et pour lui faire contre poids, la loi a créé un système de répression des diffamations et des injures contenues dans les écrits qui sont soumis aux tribunaux, et dans les discours qui sont prononcés devant eux. La loi réserve également et sous certaines conditions les droits des tiers. Le Code pénal de 1810, dans son article 377, avait accordé aux tribunaux le pouvoir d'ordonner, en jugeant la cause, la suppression des écrits ou des discours diffamatoires ou injurieux, de faire des injonctions aux auteurs du délit, de les suspendre de leurs fonctions et de les condamner à des dommages-intérêts envers les parties intéressées. Du reste la compétence des tribunaux devant lesquels le délit avait été commis, n'était pas exclusive de la compétence des tribunaux ordinaires, et la Cour de cassation avait décidé que les délits pouvaient être poursuivis devant ces tribunaux conformément au droit commun (1). Le système du Code pénal était défectueux ; il avait le grave inconvénient de s'appliquer à toutes les diffamations, à toutes les injures, quelles qu'elles soient, et de ne pas établir une distinction entre les diffamations imposées par la nécessité de la défense et les diffamations inutiles, entre les diffamations portant sur des faits relatifs à la cause, et celles qui portent sur des faits étrangers à la cause. Cette distinction rationnelle, équitable, que n'avait pas faite le Code pénal a été faite par la loi de 1819, dans son article 23, et reproduite par la loi de 1881 dans l'article 41. Les dispo-

1. *Crim. cass.*, 18 février 1819. *Sirey*, 20, 1, 49.

sitions de cet article, relatives à notre matière, sont ainsi conçues : « Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage..... ni les discours prononcés ou écrits produits devant les tribunaux. Pourront néanmoins les juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants, ou diffamatoires et condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts.

Les juges pourront aussi, dans les mêmes cas, faire des injonctions aux avocats et officiers ministériels et même les suspendre de leurs fonctions. La durée de cette suspension ne pourra excéder deux mois, et six mois en cas de récidive dans l'année. Pourront toutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause donner ouverture soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux, et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers. »

La loi accorde l'immunité aux discours prononcés et aux écrits produits devant les tribunaux. Que faut-il entendre par ce mot tribunaux ? Il faut entendre toutes les juridictions établies par la loi, les tribunaux ordinaires, les tribunaux de commerce, les conseils de préfecture (1), le conseil d'Etat (2), la cour de cassation, la cour des comptes, les justices de paix. Faut-il considérer, la chambre des mises en accusation, et le bureau de conciliation

1. Crim. cass., 21 juillet 1838. Sirey, 38, 1, 740. Conseil de préfecture de la Seine, 20 avril 1880. Dalloz, 80, 3, 71.

2. Cour de Rennes, 22 janvier 1879. Dalloz, 79, 2, 105.

comme des tribunaux dans le sens de notre article? La question est controversée. Pour nous, nous n'hésitons pas à décider que la chambre des mises en accusation (1), que le bureau de conciliation (2) sont des tribunaux.

L'immunité s'applique à tous les discours prononcés, et à tous les écrits produits devant les tribunaux, mais elle ne s'applique qu'à eux. Elle doit donc être refusée aux mémoires qui pourraient être adressés à certains représentants de l'autorité, comme les ministres, les préfets (3); ainsi qu'aux pétitions adressées aux mêmes personnes (4).

Les personnes qui peuvent invoquer le bénéfice de l'immunité sont les avocats, les avoués, les parties et, suivant un arrêt récent de la Cour de cassation, les témoins (5). Peut-elle être également invoquée par les officiers du ministère public? Tout le monde est d'accord pour décider que les officiers du ministère public jouissent d'une immunité. Seulement les uns font dériver cette immunité de la nature même des fonctions du ministère public (6); les autres la font dériver de notre article. Cette question ne

1. Voyez en sens contraire. *Crim. cass.*, 18 octobre 1821.

2. La jurisprudence constante a consacré la solution énoncée dans le texte. *Cour d'Aix*, 8 février 1866. *Dalloz*, 66, 5, 371. *Crim. cass.*, 4 mars 1859, *Dalloz*, 69, 1, 531. *Cour de Grenoble*, 21 décembre 1872. *Dalloz*, 74, 2, 48. *Crim. cass.*, 17 août 1881. *Dalloz*, 82, 1, 297. Nous ne connaissons qu'une décision en sens contraire. V. arrêt de la *cour d'Aix* du 30 avril 1845. *Dalloz*, 46, 4, 413.

3. *Crim. cass.*, 21 mars 1861. *Dalloz*, 61, 5, 377.

4. *Cour de Metz*, 19 février 1867. *Dalloz*, 67, 2, 45.

5. *Crim. cass.*, 8 décembre 1876. *Dalloz*, 77, 1, 505.

6. De Grattier, 1, 232.

présentant pas d'intérêt pratique nous nous dispenserons de la discuter.

L'ordre de ce travail nous amènerait à exposer maintenant le système organisé par la loi, pour la répression des diffamations contenues dans les discours prononcés ou dans les écrits produits devant les tribunaux. Mais il est nécessaire de faire connaître auparavant la signification de ces expressions, discours et écrits relatifs à la cause, discours et écrits étrangers à la cause.

Discours et écrits relatifs à la cause.

1° *Discours.* — Les discours relatifs à la cause sont ceux qui contiennent l'exposé des prétentions des parties, la justification de ces prétentions à l'aide d'arguments puisés dans la cause elle-même, ou qui se rattachent naturellement à la cause. Le mot discours convient également aux discours proprement dits, aux plaidoiries, aux simples observations présentées par les avocats, les avoués ou les parties.

L'immunité ne protège que les discours prononcés devant les tribunaux. Il faut que ces discours aient été prononcés devant les tribunaux, en la présence des juges. Les paroles prononcées hors de la présence des juges, par exemple, pendant une suspension d'audience, ne sont plus couvertes par l'immunité, et si elles constituent le délit de

diffamation ou d'injure elles seront poursuivies conformément au droit commun (1).

La loi limite le bénéfice de l'immunité aux délits de diffamation, d'injure ou d'outrage. Elle est par suite inapplicables aux autres délits, comme par exemple le délit d'offense au président de la République, ou le délit de dénonciation calomnieuse (2).

Ecrits relatifs à la cause.

Il faut les définir comme nous avons défini les discours. L'expression d'écrits embrasse toutes les pièces qui sont nécessaires à la défense, les pièces de procédure, les mémoires observations etc. De même que les discours ne jouissent de l'immunité, que s'il ont été prononcés devant les tribunaux, de même les écrits ne sont couverts par cette immunité qu'à la condition d'avoir été produits devant les tribunaux, c'est-à-dire, placés sous les yeux des magistrats, de telle sorte que ceux-ci aient pu en prendre connaissance. Une jurisprudence constante décide que cette production n'est soumise à aucune formalité et qu'elle peut se faire de toutes les manières (3). Ainsi, il n'est pas nécessaire, pour que l'écrit soit considéré comme produit devant les tribu-

1. Crim., 19 novembre 1829. Dalloz. *Rép.*, *Presse outrage*, n° 1196.

2. Crim., 17 août 1881. Dalloz, 82, 1, 297.

3. Crim. cass., 6 février 1829. Sirey, 29, 1, 170. Crim. cass., 30 décembre 1851. Dalloz, 52, 1, 154.

naux qu'il ait été signifié (1). Une cour d'appel avait cependant exigé la signature de l'avoué sur l'écrit, et la notification de cet écrit (2).

L'immunité doit être refusée aux écrits qui n'ont pas été remis aux magistrats, lors même qu'ils seraient relatifs à un procès (3).

La loi n'a voulu protéger la publication des écrits relatifs à un procès, qu'en tant que cette publication est nécessaire à la défense. Or, seule, la publication de ces écrits, consistant dans la communication qui en est faite aux magistrats, doit être considérée comme nécessaire à la défense. Toute autre publication est inutile à la défense, et par suite ne jouit pas de l'immunité. C'est ainsi qu'il a été jugé, que la publicité donnée en dehors des débats, à des écrits produits en justice, faisait rentrer ces écrits dans le droit commun (4). Comme le dit un des arrêts que nous avons cités en note (5), le législateur n'accorde l'immunité qu'à « la PRODUCTION JUDICIAIRE » et non pas à « la DISTRIBUTION FAITE AU PUBLIC qui n'est PAS DÉTERMINÉE PAR LES MÊMES RAISONS, le MÊME INTÉRÊT, les MÊMES NÉCESSITÉS. »

1. Crim. rej., 3 juin 1825. Sirey, 25, 1, 254. Crim. cass., 6 février 1829. Sirey, 29, 1, 170.

2. Cour de Rennes, 6 décembre 1834. Dalloz, *Rép. Mise en jugement*, n° 54.

3. Cour de Colmar, 27 juin 1836. Dalloz, *Rép. Presse outrage*, 1202.

4. Crim. rej., 21 juillet 1832. Sirey, 33, 1, 336. Crim. cass., 6 novembre 1863. Dalloz, 64, 1, 51. Crim. cass., 15 décembre 1864. Dalloz, 65, 1, 45.

5. L'arrêt de cassation précité, du 6 novembre 1863.

Certains auteurs (1), partant de cette idée, que la défense orale est seule admise devant la cour d'assises, refusent le bénéfice de l'immunité aux mémoires qui sont produits devant la Cour d'assises. Cette doctrine a été confirmée par un arrêt de la Cour de Cassation (2). Pour nous, nous adoptons l'opinion contraire. La Cour d'assises est un tribunal; les écrits qui sont produits devant elle, doivent être assimilés aux écrits produits devant les autres tribunaux. L'intérêt de la défense est le même quelle que soit la juridiction.

Discours et écrits étrangers à la cause.

Il est impossible de définir exactement les discours et écrits étrangers à la cause. Toutes les définitions que l'on peut proposer, ne sont que des reproductions sous d'autres formes des expressions employées par le législateur. Disons-nous comme on l'a proposé, que les discours et écrits étrangers à la cause, sont ceux qui sont inutiles à la défense? Cette proposition est exacte, mais elle a besoin à son tour d'être définie : qu'est-ce qu'un discours ou un écrit inutile à la défense? C'est celui qui n'a pas trait directement à la défense de la partie, qui contient des arguments puisés hors du procès, en d'autres termes des arguments étrangers à la cause. Nous voilà ainsi ramenés

1. De Grattier, 1, 241 et 242.

2. Crim. cass., 11 août 1820. Sirey. Série nouvelle, 6, 1, 299.

à l'expression qu'il s'agissait de définir. Il est donc inutile de chercher une définition qui ne serait ni plus claire, ni plus précise que l'expression à définir ; il faut nous en tenir au texte de la loi. La question de savoir si un écrit, un discours est étranger à la cause, est une pure question de fait qui sera résolue souverainement par les tribunaux. Quel est l'intérêt pratique de cette distinction entre les discours et écrits relatifs à la cause et les discours et écrits étrangers à la cause ? Cet intérêt est considérable. Lorsque les discours ou écrits sont relatifs à la cause, les parties en cause et les tiers n'ont pas d'action à raison des imputations diffamatoires qui peuvent y être contenues. Ces imputations diffamatoires donnent lieu seulement à l'application du système spécial de répression organisé par le 4^e alinéa de l'article 41. Lors au contraire que ces discours ou écrits sont étrangers à la cause, les parties diffamées peuvent, sous certaines conditions, recourir à l'action publique ou à l'action civile ; les tiers peuvent agir par l'action civile. Les droits de tous sont sauvegardés (art. 41 dernier alinéa).

Nous étudierons en premier lieu, les droits accordés par la loi aux parties en cause, lorsque les imputations diffamatoires sont étrangères à la cause, nous étudierons ensuite les dispositions de la loi concernant les imputations relatives à la cause.

Lorsque les imputations diffamatoires sont étrangères à la cause, les parties peuvent, avons-nous dit, recourir à l'action publique en diffamation, ou à l'action civile. Mais

l'exercice de ces actions est subordonné par la loi à certaines conditions. Ces conditions sont au nombre de trois.

1° Il faut que le plaideur diffamé demande au tribunal, devant lequel les discours ont été tenus ou les écrits produits, de lui réserver le droit de poursuivre ultérieurement la diffamation qui y est contenue.

2° Il faut que le tribunal accueille la demande du plaideur, lui réserve le droit de poursuivre et lui donne acte de cette réserve.

3° Il faut que le jugement ou l'arrêt qui accorde les réserves du plaideur et lui en donne acte, précise les imputations prétendues diffamatoires, et les déclare étrangères à la cause. Si les imputations ne sont pas précisées, si elles ne sont pas déclarées étrangères à la cause, l'action en diffamation n'est pas recevable devant la juridiction correctionnelle. Les choses se passent comme si les droits du plaideur diffamé n'avaient pas été réservés. C'est ce qu'a décidé un arrêt récent de la Cour de cassation (1). Sur la nécessité de cette troisième condition la jurisprudence et même la jurisprudence de la Cour de cassation a varié.

Ainsi en 1825 (2), nous trouvons un arrêt de la chambre criminelle, d'après lequel le tribunal qui donne acte au plaideur diffamé de ses réserves, doit déclarer que les imputations diffamatoires sont étrangères à la cause. A défaut

1. Crim. cass., 28 décembre 1878. Dalloz, 79, 1, 137.

2. Cass. crim., 2 avril 1825. Dalloz, *Rép. Presse outrage*, n° 1249.

de cette déclaration, le plaideur ne peut poursuivre la diffamation : « Attendu, dit cet arrêt, que dans l'espèce l'arrêt attaqué n'a point déclaré que les imputations qui ont motivé la plainte étaient étrangères à la cause ; qu'il était indispensable que cet arrêt le dit en termes exprès, et qu'on ne saurait interpréter son silence par le renvoi qu'il a fait du demandeur devant le tribunal correctionnel, et en conclure qu'il a considéré les imputations dont il s'agit comme se rapportant à des faits étrangers à la cause. »

En 1834, la Cour de cassation abandonne la jurisprudence inaugurée par l'arrêt précédent. La déclaration que les imputations diffamatoires sont étrangères à la cause n'est nullement nécessaire. En admettant les réserves du plaideur qui se prétend diffamé, le tribunal reconnaît implicitement que les imputations diffamatoires sont étrangères à la cause (1).

En 1837, la Cour de cassation revient à sa première jurisprudence, qu'elle abandonne une seconde fois en 1861. A cette époque, comme en 1836, la Cour décide que le fait du juge d'avoir accueilli les réserves du plaideur, implique virtuellement que les imputations prétendues diffamatoires étaient étrangères à la cause (2).

En 1865, la Cour de cassation reconnaît que les juges doivent déclarer expressément que les imputations sont étrangères à la cause. Le fait de donner acte au plaideur de

1. Crim. cass., 21 mai 1836. *Ibid.*, n° 1223.

2. Crim. cass., 4 avril 61. Dalloz, 66, 5, 370.

ses réserves n'implique pas nécessairement que les imputations sont étrangères à la cause (1). Mais la Cour de cassation ne tire pas la conséquence logique du principe qu'elle vient de poser, c'est-à-dire la nullité des réserves qui ont été accordées au plaideur et l'irrévocabilité de l'action en diffamation, si le tribunal a omis de déclarer que les imputations étaient étrangères à la cause. Malgré l'omission de cette déclaration, le donne acte des réserves est valable et l'action en diffamation est recevable. Il appartient au juge de cette action, de décider souverainement si les imputations sont ou non étrangères à la cause.

Nous arrivons enfin à l'arrêt du 28 décembre 1878. Par cet arrêt, la cour de cassation exige pour la validité du donne acte des réserves et pour la recevabilité de l'action en diffamation, les deux conditions que nous avons indiquées un début, à savoir la déclaration que les imputations sont étrangères à la cause et l'indication précise de ces imputations. La nécessité de ces deux conditions avait été reconnue avant le dernier arrêt de la cour de cassation, par un jugement du tribunal de Cahors et un arrêt de la cour d'Angers. Le jugement remonte à l'année 1850, l'arrêt est de 1852 (2).

La réserve exigée par la loi est nécessaire aussi bien pour l'action publique que pour l'action civile. C'est ce qui résulte des termes mêmes du dernier alinéa de l'article

1. *Crim. cass.*, 4 mai 1865. *Dalloz*, 65, 1, 247.

2. V. le jugement est l'arrêt. *Dalloz*, 52, 2, 117.

41, lequel est ainsi conçu : « Pourront les faits diffamatoires étrangers à la cause donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux. » Par cette rédaction, le législateur de 1881 a mis fin à une controverse qui s'était élevée sur le dernier alinéa de l'article 23 de la loi de 1819. Cet article disposait en ces termes : « pourront donner ouverture à l'action publique ou à l'action civile des parties, LORSQU'ELLE LEUR AURA ÉTÉ RÉSERVÉE. » Certains auteurs interprétant littéralement le texte de cet article, décidaient (1) que l'action publique pouvait être exercée, sans qu'elle eût été réservée par les tribunaux, que cette formalité était seulement exigée pour l'exercice de l'action civile. La majorité des auteurs avait repoussé cette interprétation.

Il n'est pas nécessaire que l'action en diffamation et l'action civile aient été réservées lorsque les imputations diffamatoires sont contenues dans des écrits relatifs à un procès, si ces écrits n'ont pas été produits en justice (2). Il en est de même pour les écrits produits devant les tribunaux lorsqu'ils ont été publiés eu dehors des débats (3).

Droits des tiers.

La loi réserve elle-même l'action des tiers. Cette réserve faite par la loi se justifie par cette considération que les

1. Grellet-Dumazeau. Tome 2, 207.

2. Crim. cass., 26 avril 1856. Dalloz, 56, 1, 268.

3. Crim. cass., 4 avril 1857. Dalloz, 57, 1, 264. Cour de Paris, 16 février 1870. Dalloz, 70, 2, 125.

tiers, ayant été étrangers aux débats, n'y ayant joué aucun rôle, n'y ayant eu aucun intérêt, ont été dans l'impossibilité de faire réserver leurs droits par le tribunal devant lequel la diffamation a été commise. Le motif qui a conduit le législateur à réserver les droits des tiers, nous montre bien quel est le sens de cette expression, tiers. Elle n'a pas ici sa signification ordinaire, d'après laquelle les personnes qui doivent être considérées comme tiers, dans un procès, sont celles qui n'y étaient pas directement intéressées. S'il en était ainsi, à l'exception des parties en cause, toute personne devrait être considérée comme tiers, même les avocats, même les avoués. Or les avocats, les avoués ne doivent pas en notre matière être assimilés à des tiers. En effet s'ils ne sont pas directement intéressés aux débats ils y prennent part, ils y assistent et, par suite, ils peuvent demander au tribunal, devant lequel ils exercent leur ministère de leur réserver le droit de poursuivre les diffamations qui ont peut-être été dirigées contre eux. Les avocats et les avoués ne sont pas des tiers (1). Il en est autrement des experts (2) car ils ne prennent aucune part aux débats et ils sont dans l'impossibilité de se faire réserver leurs droits. Les témoins sont-ils des tiers ? La doctrine ainsi que la jurisprudence sont divisées sur cette question. Il semble cependant que la jurisprudence tende à se former dans le sens de la négative (3).

1. Crim. cass., 31 janvier 1873. Dalloz, 73, 1, 89.

2. Cour de Grenoble, 28 juin 1832.

3. Dans le sens de l'affirmative. Cour de Caen, 13 juin 1844. Sirey, 44, 2, 316. Dans le sens de la négative. Crim. cass., 6 novembre 1823. Sirey. Nouvelle série, 7, 1, 331. Cour de Nîmes, 27 mai 1841. Dalloz. *Presse*

Pour nous, nous refusons de considérer les témoins comme des tiers. Car, en leur qualité de témoins, ils ont pu assister aux débats, par leur déposition ils y ont été mêlés. Donc ils ont eu la faculté de se faire réserver leurs droits. Les témoins deviennent au contraire des tiers s'ils se sont trouvés dans l'impossibilité de demander la réserve de leurs droits. C'est ce qui a été décidé par la Cour de Montpellier dans l'hypothèse où une personne citée comme témoin, n'avait pas été admise par le juge à faire sa déposition (1). Cette personne n'était pas à proprement parler un témoin, elle était restée étrangère aux débats et avait été dans l'impossibilité de demander que ses droits lui fussent réservés.

La présence d'une personne aux débats ne suffit pas pour faire perdre à cette personne la qualité de tiers (2).

Les tiers ne sont pas obligés, pour pouvoir agir en diffamation, de faire réserver leur action pour le tribunal devant lequel la diffamation a été commise. C'est là un point constant en doctrine et en jurisprudence (3). C'est au

outrage, 1254, n° . Cour de Metz, 27 novembre 1867. Dalloz, 68, 2, 38. Voyez cependant un arrêt récent de la Cour d'assises de la Seine, qui considère les témoins comme des tiers. Arrêt du 22 novembre 1884. *Journal la Loi*, 23 novembre 1884.

1. Cour de Montpellier, 2 avril 1855. Dalloz, 55, 5, 350.

2. Cour de Nîmes, 20 février 1823. Dalloz, *Rép.Presse, outrage*, n° 1253.

3. Crim., 7 novembre 1834. Sirey, 35, 1, 239. Crim. cass., 17 juin 1842. Dalloz. *Rép.Presse, outrage*, n° 1253. Cour de Nîmes, 20 février 1823. V. note précédente. Crim. cass., 5 juillet 1851. Dalloz, 51, 5, 408. On pourrait être tenté de citer dans le sens contraire à la proposition énoncée au

contraire une question très controversée que celle de savoir si l'exercice de l'action des tiers est possible dans tous les cas, sans qu'il y ait lieu de distinguer si les imputations diffamatoires sont ou non étrangères à la cause. En vertu d'une jurisprudence constante, la Cour de cassation décide que l'action des tiers n'est recevable que dans le cas où les imputations diffamatoires sont étrangères à la cause (1). Nous ne croyons pas devoir adopter l'opinion de la Cour de cassation. Elle nous paraît contraire au texte et à l'esprit de la loi.

1° Elle est contraire au texte de la loi. En effet relisons le texte du dernier alinéa de l'article. Cet article autorise l'exercice de l'action des tiers « dans tous les cas » c'est-à-dire sans qu'il y ait à distinguer si les imputations diffamatoires sont ou non étrangères à la cause, si l'action des tiers a été ou n'a pas été réservée par les tribunaux. Les mots « dans tous les cas » indiquent qu'il ne faut pas appliquer aux tiers, les distinctions faites par la loi lorsqu'il s'agit de parties en cause.

2° Elle est contraire à l'esprit de la loi. Pourquoi le lé-

texte, un arrêt de cassation du 23 août 1838. Sirey, 38, 1, 991. Mais la lecture attentive de cet arrêt nous montre qu'il statue dans le même sens que les arrêts précités. Il décide en effet, qu'un témoin ne peut exercer l'action en diffamation, si elle ne lui a pas été réservée; mais l'arrêt a déclaré au préalable que le témoin n'est pas un tiers, mais une partie au procès.

1. Crim. cass., 2 avril 1825. Dalloz, *Rép. Presse outrage*, n° 1249. Civ. cass., 23 nov. 1835. Sirey, 36, 13, 14. Crim. rej., 14 décembre 1838. Sirey, 39, 1, 707. Crim. cass., 8 juillet 1852. Dalloz, 52, 5, 437. Crim. cass., 31 janvier 1873. Dalloz, 73, 1, 89.

gislateur a-t-il réservé de plein droit l'action des tiers ? Nous l'avons déjà dit, mais il est bon de le répéter : c'est parce que les tiers ayant été étrangers au procès, n'ont pas pu prendre les mesures nécessaires pour le sauvegarde de leurs droits. Puisque tel est le motif qui a inspiré la disposition de la loi, il est évident qu'il s'applique avec autant de force dans l'hypothèse contraire. L'intérêt des tiers est le même dans tous les cas, leur honneur reçoit une atteinte aussi profonde d'une imputation relative à la cause, que d'une imputation qui est étrangère à la cause. Leurs droits doivent donc être les mêmes.

La jurisprudence, il faut bien le reconnaître, n'est pas aussi rigoureuse pour les tiers qu'elle le paraît au premier abord et elle ne les laisse pas absolument sans protection. Comme nous le verrons tout à l'heure, elle admet les tiers à intervenir dans une instance pendante devant un tribunal, pour demander, avec des dommages-intérêts, la suppression de discours prononcés ou d'écrits produits devant ce tribunal, et contenant à leur égard des imputations diffamatoires. Mais pour que les tiers puissent intervenir, il faut qu'ils aient eu connaissance des imputations diffamatoires dont ils ont à se plaindre, au cours des débats. Or, bien souvent, ils ne les connaîtront qu'à une époque où le procès est fini depuis longtemps, et où les juges du fond sont desaisis. Les tiers n'ont alors aucun recours, car leurs actions ne pouvaient être valablement exercées que devant le juge saisi du fond de la cause. Comme on le voit, la jurisprudence, malgré tous ses efforts, n'a pas pu suppri-

mer tous les inconvénients du système qu'elle a adopté, et dans notre espèce elle laisse les tiers sans aucune protection.

Il nous reste maintenant à étudier les dispositions de la loi concernant les imputations diffamatoires relatives à la cause. La loi n'a pas assuré une impunité absolue aux imputations diffamatoires qui sont relatives à la cause. Elle a accordé aux juges un certain pouvoir de répression. Ce pouvoir donne aux juges le droit de faire des injonctions aux officiers ministériels et de les suspendre de leurs fonctions, d'ordonner la suppression des écrits et des discours diffamatoires outrageants et injurieux, enfin de condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts. Reprenons successivement chacun de ces droits.

Injonction aux officiers ministériels. Suspension des fonctions. — Ce sont là des peines disciplinaires que les juges peuvent infliger en statuant sur le fond du procès dont ils sont saisis. Qu'est-ce qu'il faut entendre par injonction ? La loi n'a rien dit à ce sujet. Nous sommes donc autorisés, dans le silence de la loi, à dire que l'injonction dont il s'agit, n'est autre que l'injonction qui est prévue par l'article 108 du décret du 30 mars 1808. Cet article dispose que : « Les officiers ministériels pourront être punis des injonctions d'être plus circonspects et plus exacts. » L'injonction est une sorte de rappel à l'ordre, pour les avocats et officiers ministériels. »

La suspension, c'est l'interdiction aux avocats et officiers ministériels d'exercer leurs fonctions pendant un certain

temps. Les juges ne peuvent, pour la première fois, prononcer une suspension de plus de deux mois. La suspension pourra être prononcée pour six mois en cas de récidive dans l'année. La loi de 1819 était bien plus rigoureuse que la loi de 1881. Dans son article 23, 3^e alinéa, la loi du 17 mai 1819, permettait de donner à la suspension encourue pour la première fois une durée de six mois. En cas de récidive, la durée de la suspension était d'un an au moins et cinq au plus.

L'injonction et la suspension sont prononcées d'office par le tribunal ; les parties ne peuvent pas les requérir.

Tous les juges ont-ils le droit d'adresser des injonctions aux avocats et aux officiers ministériels et de les suspendre de leurs fonctions ? par exemple, ce droit appartient-il aux juges de paix et aux tribunaux de commerce ? Nous croyons que ce droit doit leur être refusé, parce que les avocats ou les officiers ministériels ne comparaissent pas devant eux en leur qualité d'avocats ou d'officiers ministériels, mais simplement en qualité de particuliers, assistant un plaideur.

Suppression des discours et écrits.

La loi du 17 mai 1819 n'autorisait que la suppression des écrits ; la loi de 1881 a autorisé la suppression des discours. Les discours et écrits qui peuvent être supprimés sont ceux qui sont diffamatoires, injurieux ou outrageants. Il n'est pas nécessaire pour que la suppression soit ordon-

née, que ces discours ou écrits soient étrangers à la cause (1).

La loi n'ayant pas dit en quoi devait consister la suppression, les tribunaux sont libres d'employer les moyens qui leur paraîtront convenables pour arriver à cette suppression. Ils pourront se borner à écarter du débat les écrits injurieux ou diffamatoires, ou bien en ordonner la radiation et la destruction matérielle.

La suppression peut être demandée par la partie en cause. La jurisprudence reconnaît aux tiers le droit d'intervenir dans l'instance pour demander la suppression des écrits et des discours qui contiennent des imputations diffamatoires à leur égard (2). Le ministère public a également le droit de requérir la suppression, lors même que les parties intéressées ne la réclament pas (3).

Les tribunaux jouissent d'un pouvoir souverain pour ordonner ou refuser la suppression (4).

Le droit de prononcer la suppression des écrits et discours diffamatoires appartient à tous les tribunaux, sans distinction entre les tribunaux ordinaires et les tribunaux d'exception. Ainsi il a été jugé que les tribunaux de commerce (5), le conseil de préfecture pouvaient ordonner la suppression (6).

1. Req., 14 juin 1854. Dalloz, 54, 1, 389.

2. Crim. cass., 19 juillet 1851. Dalloz, 51, 5, 417. Req., 7 avril 1852. Dalloz, 52, 1, 111. Requête, 2 juillet 1866. Dalloz, 66, 1, 431. Requête, 9 décembre 1874. Dalloz, 75, 1, 225. Req., 4 juillet 1876. Dalloz, 77, 1, 59.

3. Cour de Rennes, 12 juin 1834. Dalloz, *Rép. Presse outrage*, 1264.

4. Req., 8 mai 1876. Dalloz, 76, 1, 259.

5. Cour de Rennes, 20 juin 1810. Sirey, nouvelle série, 3, 2, 291.

6. Crim., 21 juillet 1838. Sirey, 38, 1, 740. Conseil de préfecture de la Seine, 20 avril 1880. Dalloz, 3, 71.

La loi n'accorde expressément le droit de prononcer la suppression, qu'aux juges saisis de la cause, et statuant sur le fond. » Il ne faut pas interpréter littéralement les expressions de la loi ; car on refuserait le droit d'ordonner la suppression aux juges, qui ne seraient saisis que d'une question de compétence ou qui seraient appelés à statuer sur un incident. Par juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, il faut entendre les juges statuant sur une contestation quelle qu'elle soit, à l'occasion de laquelle les imputations diffamatoires se sont produites (1).

Condamnation à des dommages-intérêts.

La loi autorise le juge à prononcer une condamnation à des dommages-intérêts, contre les auteurs de discours et des écrits diffamatoires, contre les avocats, contre les avoués etc. etc...

Le droit de demander des dommages-intérêts appartient aux parties en cause. La jurisprudence reconnaît ce droit aux tiers et permet, pour l'exercer, d'intervenir dans l'instance.

La condamnation à des dommages-intérêts ne peut être prononcée que sur la demande des personnes diffamées, injuriées ou outragées.

1. Crim. cass., 26 août 1837. Dalloz, *Rép. Presse outrage*, n° 1269.

§ 3 — *De l'immunité accordée aux comptes-rendus.
des débats parlementaires et judiciaires.*

La loi du 17 mai 1819 art. 22 disposait que le compte-rendu fidèle, de bonne foi des débats parlementaires ne donnerait lieu à aucune action. L'article 7 de la loi de 1822 punissait le compte-rendu infidèle et de mauvaise foi de débats parlementaires et judiciaires d'une amende de mille à six mille francs, et en cas de récidive d'un emprisonnement dont la durée pouvait varier d'un mois à trois ans. Le décret du 17 février 1852 modifia la législation antérieure, en interdisant le compte-rendu des débats du Sénat autrement que par la reproduction des articles insérés au Journal officiel. Il prohibait en outre le compte-rendu des séances non publiques du conseil d'État et le compte-rendu des procès de presse (art. 16 et 17 du décret). L'article 16 de la loi du 11 mai 1868 sur la presse ayant abrogé les articles 1 à 32 du décret du 17 février 1852, a remplacé les comptes rendus des débats parlementaires et judiciaires sous l'empire de la loi du 17 mai 1819.

La loi de 1819 n'accordait expressément l'immunité qu'aux comptes rendus fidèles des débats de l'une des deux chambres. Elle n'avait rien dit des comptes rendus des débats judiciaires. On se demandait, dans le silence de la loi, si l'immunité accordée aux comptes rendus des débats parlementaires s'étendait aux comptes rendus des débats judi-

ciaires. La question était controversée dans la doctrine, quant à la jurisprudence elle refusait le bénéfice de l'immunité aux comptes rendus des débats judiciaires (1).

Arrivons à la loi de 1881.

L'article 41 de cette loi, tel qu'il avait été primitivement voté par la chambre des députés, ne contenait aucune mention relative aux comptes rendus des débats judiciaires. Lorsque la loi fut discutée devant le Sénat, un sénateur, M. Batbie, fit remarquer que la loi était muette en ce qui concernait les comptes rendus des débats judiciaires, et que ces comptes rendus restaient en conséquence punissables des peines portées par l'article 7 de la loi du 25 mars 1822. M. Batbie, estimant à bon droit, qu'il y avait là une lacune que la loi devait combler, réclamait l'assimilation, au point de vue de l'immunité, des comptes rendus des débats parlementaires et des comptes rendus des débats judiciaires (2). La proposition de M. Batbie fut combattue par M. Griffe, président de la commission du Sénat, et par M. Cazot, garde des sceaux. Cette discussion se termina par le renvoi de l'article 41 à la commission. La commission, dans la rédaction nouvelle qu'elle adopta, et qui est devenue le texte définitif de l'article 41, étendit aux comptes rendus judiciaires le bénéfice de l'immunité.

L'immunité n'est pas accordée indifféremment à tous les comptes rendus des débats qui peuvent se dérouler de-

1. V. notamment crim., 26 janvier 1877. Dalloz, 77, 1, 89.

2. Séance du 15 juillet 1881. *Journal officiel*. Débats du Sénat, p. 1518.

vant les chambres et devant les tribunaux. La loi la réserve exclusivement aux comptes rendus faits de bonne foi des débats parlementaires, et aux comptes rendus fidèles et faits de bonne foi des débats judiciaires. L'assimilation n'est donc pas absolue, comme on peut le voir, entre les deux espèces de comptes rendus. En effet tandis qu'il suffit que les comptes rendus des débats parlementaires soient faits de bonne foi, l'immunité ne peut être invoquée pour les comptes rendus des débats judiciaires, qu'à la double condition d'être fidèles et d'être faits de bonne foi.

Demandons-nous ce qu'il faut entendre par compte rendu. C'est le récit des débats parlementaires et judiciaires. La jurisprudence entend d'une manière très large cette expression *compte rendu*, et considère comme compte rendu, toute narration des débats, sous quelque forme qu'elle se produise, la reproduction partielle ou complète des débats parlementaires et judiciaires (1). Il nous reste maintenant à indiquer à quelles conditions un compte rendu est fidèle et fait de bonne foi. Le compte rendu fidèle est celui qui laisse aux débats leur véritable physionomie. Il importe peu d'ailleurs que le compte rendu ne soit qu'un simple résumé des débats ou qu'il les reproduise intégralement.

1. Haute cour de Justice, 16 août 1849. Dalloz, 49, 1, 266. Cour de Rennes, 11 octobre 1850. Dalloz, 52, 5, 436. Crim., 13 février 1869. Dalloz, 69, 1, 388. Crim., 18 mai 1872. Dalloz, 72, 1. 158. Crim., 5 juillet 1873, 74, 1, 407. Voyez en sens contraire. Cour de Rennes, 19 février 1879. Dalloz, 80, 2, 165. Cour de Dijon, 29 mars 1882. Dalloz, 82, 2, 135.

Le compte rendu infidèle est au contraire celui qui altère la physionomie des débats, qui les dénature ; c'est par exemple, celui qui met dans la bouche d'un orateur des paroles différentes de celles qu'il a prononcées.

Il est assez difficile de définir ce qu'il faut entendre par la bonne foi d'un compte rendu. C'est là une question de fait qui est résolue souverainement par les tribunaux. Toutefois, si l'on veut bien considérer que tout compte rendu fait de mauvaise foi est nécessairement infidèle, nous croyons que l'on peut définir ainsi le compte rendu de mauvaise foi : le compte rendu dont l'infidélité est voulue, dont l'infidélité a été inspirée par une intention méchante. La mauvaise foi suppose chez l'auteur du compte rendu la conscience que ce compte rendu est infidèle.

A quelles actions le compte rendu infidèle et fait de mauvaise foi peut-il donner lieu ? Et d'abord, l'action publique peut-elle être exercée ? ou, en d'autres termes, le compte rendu infidèle et de mauvaise foi est-il puni par la loi pénale ? Il faut répondre non ; considéré *in abstracto*, le compte rendu infidèle et de mauvaise foi ne constitue plus un délit dans la législation actuelle. L'article 7 de la loi du 25 mars 1822 a été abrogé par la loi de 1881 ; mais il est bien évident que le compte rendu infidèle et de mauvaise foi est punissable dans la législation actuelle comme il l'était dans l'ancienne, à raison des délits de diffamation et d'injure qu'il peut renfermer.

En outre, les personnes intéressées ont toujours le droit d'exercer l'action civile pour demander la réparation du

préjudice que leur cause le compte rendu infidèle et de mauvaise foi.

Quel sera le tribunal compétent pour connaître des actions qui peuvent résulter d'un compte rendu infidèle et de mauvaise foi ?

Il faut faire des distinctions. En ce qui concerne les actions à raison de la diffamation ou de l'injure, il ne s'élève aucune difficulté ; elles devront être portées devant les juges ordinaires. En est-il de même de l'action civile en dommages-intérêts ? Pour nous, nous n'hésitons pas à répondre affirmativement, et à décider qu'il n'est pas dérogé aux règles ordinaires de la compétence pour l'exercice de l'action civile. Il est vrai que l'article 16 de la loi du 25 mars 1822 attribuait, pour la répression des comptes rendus, des audiences des cours et tribunaux, compétence exclusive aux cours et tribunaux qui avaient tenu ces audiences (1). Mais cette considération n'a aucune valeur, car l'article 16 de la loi 1822 a été abrogé. En outre, les travaux préparatoires de la loi de 1881, nous montrent que le législateur a voulu laisser l'exercice de l'action civile sous l'empire du droit commun. Lors de la discussion de la loi de 1881, le garde des sceaux, examinant la question qui nous occupe, la résolut dans un sens contraire à l'opinion que nous avons adoptée, et proclama la compétence des juges qui

1. Cour de Nîmes, 25 décembre 1872. Dalloz, 74, 293. Crim., 5 juillet 1873. Dalloz, 73, 1, 407.

2. Séance du 16 juillet. *Journal officiel*. Débats du Sénat, page 1168.

avaient tenu les audiences auxquelles s'appliquait le compte rendu. D'un autre côté, M. Le Royer, donnant à l'opinion du garde des sceaux la forme d'un amendement, proposa de décider que : « Dans le cas où le compte rendu donnerait ouverture à une action en justice, cette action sera portée devant le tribunal qui a connu l'affaire (1). » Mais la proposition de M. Le Royer, combattue par M. Griffe au nom de la commission, ne fut pas même prise en considération par le Sénat. Le législateur a donc voulu que l'action civile restât soumise aux règles ordinaires de la compétence.

Le compte rendu des débats judiciaires est permis en principe. Mais ce principe souffre des exceptions, et la loi interdit dans certains cas, les comptes rendus des débats judiciaires. Ainsi, elle interdit le compte rendu des procès en diffamation, lorsque la preuve des faits diffamatoires n'est pas autorisée (art. 39). Dans ce cas, la plainte seule peut être publiée par le plaignant. En outre la loi reconnaît aux tribunaux le droit d'interdire dans toute affaire civile, le compte rendu du procès ; cette interdiction ne peut en aucun cas s'appliquer au jugement, qui peut toujours être publié (art. 39).

1. Séance du 16 juillet. *Journal officiel*. Débats du Sénat, page 1168.

Troisième partie

Des causes qui peuvent s'opposer à l'exercice de l'action résultant de la diffamation

Sous ce titre nous étudierons les moyens de défense, que le prévenu peut opposer à l'action résultant de la diffamation, et le sursis aux poursuites.

SECTION I

Des moyens de défense que peut invoquer le prévenu

Parmi les moyens de défense que le prévenu peut opposer à l'action il faut placer en première ligne la bonne foi. La bonne foi est la croyance à la vérité des faits imputés. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, la bonne foi du diffamateur se concilie très bien avec l'intention de nuire. Je crois à la vérité de tel fait et je le publie, je n'en ai pas moins l'intention de nuire. La bonne foi du diffamateur empêche la diffamation d'être une calomnie ; mais elle en fait une médisance.

Dans quels cas le prévenu sera-t-il de bonne foi, dans quels cas sera-t-il de mauvaise foi ? C'est ce qu'il est impossible de déterminer *a priori*, et d'une manière théorique. C'est une question de fait, qui est liée intimement aux

circonstances dans lesquelles la diffamation s'est produite ; elle ne peut être résolue qu'en fait et par les juges du fait.

Le prévenu pourra prouver sa bonne foi, mais il faudra que les tribunaux tiennent la main à ce que la preuve de la bonne foi n'aboutisse pas à la preuve de la vérité des faits diffamatoires, dans les cas où cette preuve est interdite par la loi.

La bonne foi ne peut être en principe qu'une circonstance atténuante ; elle ne peut entraîner l'acquittallement du prévenu, si le juge constate qu'elle supprime en fait l'intention de nuire, ce qui arrivera bien rarement.

L'art. 367 du code pénal décidait que les peines du délit de calomnie n'étaient pas applicables à ceux qui avaient publié des faits dont la loi autorise la publication, ni à ceux qui, par la nature de leurs fonctions, étaient obligés de les révéler. L'art. 6 de la loi du 17 mai 1819 a formellement abrogé l'art. 367 du code pénal. Mais, malgré cette abrogation, le principe posé par l'art. 367 du code pénal reste toujours ; la loi ne peut frapper celui qui exécute ses ordres.

La colère, l'ivresse, la provocation (1) ne sont pas des causes d'excuse en matière de diffamation ; mais les juges ont le droit de tenir compte de toutes ces circonstances, pour apprécier exactement la culpabilité du prévenu, et pour lui faire une application plus modérée des peines prononcées par la loi (2).

1. Cour de Poitiers, 10 février 1855. Dalloz, 52, 2, 109.

2. Cour de Paris, 19 mars 1860. Dalloz, 60, 1, 206.

SECTION II

Du sursis aux poursuites.

La loi du 29 juillet 1881 décide que le prévenu de diffamation pourra, dans certaines circonstances et sous certaines conditions, demander et obtenir un sursis aux poursuites dont il est l'objet de la part du diffamé. Le principe du droit au sursis est contenu dans le dernier alinéa de l'art. 35 de notre loi. Il s'exprime en ces termes : « Dans toute autre circonstance, et envers toute autre personne non qualifiée, lorsque le fait imputé est l'objet de poursuites commencées à la requête du ministère public, ou d'une plainte de la part du prévenu, il sera, durant l'instruction qui devra avoir lieu, sursis à la poursuite et au jugement du délit de diffamation. »

Etudions cette importante décision avec le plus grand soin.

Le principe consacré par l'art. 35, dernier alinéa de la loi de 1881, n'est pas nouveau dans notre législation. Sous l'empire du code de brumaire an IV, la jurisprudence avait créé de toutes pièces un système complet sur le principe, la nature et les conséquences du sursis. Le prévenu de diffamation pouvait demander le sursis et devait l'obtenir, lorsque les faits imputés par lui au plaignant avaient été dénoncés à la justice, ou avaient été l'objet d'une

plainte. L'instance en diffamation étant suspendue pendant l'instruction, elle ne reprenait son cours qu'après la décision qui intervenait sur les poursuites dont la dénonciation ou la plainte avaient été le point de départ (1). La condamnation du plaignant à raison des faits, imputés et dénoncés, entraînait, dans ce système, l'acquittement du prévenu de diffamation (2).

Pour que le sursis fût accordé il fallait plusieurs conditions : 1° Les faits imputés (3) devaient être punissables selon la loi ; 2° Il fallait une dénonciation ou une plainte émanant du prévenu ou même d'une tierce personne (4). Le sursis n'existait pas seulement en matière de diffamation, les poursuites pour injures étaient suspendues comme les poursuites en diffamation et sous des conditions identiques (5).

Les principes de cette jurisprudence passèrent dans le Code pénal de 1810, article 372. Cet article était ainsi conçu : « Lorsque les faits imputés seront punissables suivant la loi, et que l'auteur de l'imputation les aura dénoncés, il sera durant l'instruction sur ces faits, sursis à la poursuite et au jugement du délit de calomnie. »

1. Crim. cass., 20 février 1806. Sirey, 1^{re} série, 2^e volume, 1^{re} partie, 218.
Crim. cass., 24 octobre 1806. Sirey, 1^{re} série, 2^e volume, 1^{re} partie, 300.

2. Voyez le dernier arrêt.

3. Voyez le dernier arrêt.

4. *Idem.*

5. Crim. cass., 24 frimaire an XIII. Sirey, 1^{re} série, 2^e volume, 1^{re} partie, 39.

Une seule différence existe entre le système de la jurisprudence qui interprétait le Code de brumaire an IV, et la législation inaugurée par le Code de 1810. L'article 372 exigeait que ces faits imputés eussent été dénoncés par l'auteur de l'imputation. La dénonciation énoncé d'une tierce personne, étrangère à l'instance en diffamation, ne suffisait pas pour suspendre l'instance en calomnie. Cette décision, qui résulte des termes mêmes de l'article 372, et dont les rédacteurs du Code pénal n'avaient peut-être pas aperçu la portée, se justifie pleinement. La loi offre au prévenu un moyen de défense ; c'est à lui et à lui seul, de le faire valoir. Qu'il affirme sa confiance dans la bonté de sa cause, en prenant l'initiative d'une dénonciation, et en offrant d'établir la vérité des faits qu'il a imputés au plaignant ! Qui pourra alors douter de sa sincérité ? Ne s'expose-t-il pas, si les faits, dénoncés par lui ne sont pas reconnus vrais par l'instruction qui va s'ouvrir, à une action en dénonciation calomnieuse ? Un pareil danger fait hésiter les plus fermes, et celui qui s'y expose volontairement, offre toutes les garanties possibles de sincérité. Au contraire, si la dénonciation émanant d'un tiers, pouvait interrompre l'instance en diffamation, la loi aurait offert, aux personnes de mauvaise foi, un moyen trop facile de retarder une condamnation certaine. Le prévenu de diffamation n'aurait eu qu'à acheter la dénonciation d'un tiers, à prix d'argent. Cette dénonciation aurait servi de base à une demande de sursis, laquelle aurait dû être accueillie, puisqu'elle réunissait les conditions requises par la loi.

Le législateur, en rédigeant l'article 372, a donc bien fait de rendre de pareilles fraudes absolument impossibles, et de subordonner le sursis à la dénonciation du prévenu lui-même.

L'article 372 ne parle que de la dénonciation. Mais il est évident que cet article s'applique à la plainte comme à la dénonciation. Il n'y a en effet aucune bonne raison pour distinguer entre les deux.

Dans son article 25 la loi du 25 mai 1819 reproduisit le principe adopté par le Code pénal, en lui donnant une extension assez considérable. Les poursuites commencées à la requête du ministère public, produiront le même effet qu'une dénonciation ou une plainte, et donneront les mêmes droits d'obtenir le sursis.

La cour de cassation avait décidé que l'article 25 de la loi de 1819 était encore en vigueur, sous l'empire du décret du 17 février 1852 (1).

Tels sont les divers systèmes de jurisprudence et de législation qui ont précédé l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881.

Avant d'analyser les dispositions de cet article, il faut au préalable rechercher, quel est le but du sursis, en d'autres termes rechercher la pensée du législateur. Nos études relatives au sursis se diviseront donc en deux parties. Dans une première partie nous étudierons : Le but et la nature

1. Cass. crim., 19 janvier 1855. Dalloz, 55, I, 48. Orléans, 26 février 1855. Dalloz, 55, 2, 292. Cass. crim., 1^{er} juin 1855. Dalloz, 55, 5, 346.

du sursis. Dans une seconde partie, nous déterminerons les conditions et les conséquences du sursis.

§ 1. — *But et nature du droit au sursis.*

Nos explications ne peuvent se borner à la loi actuellement en vigueur ; elles doivent embrasser les législations antérieures.

N'oublions pas que l'origine du sursis remonte à la jurisprudence chargée d'appliquer le Code de brumaire an IV. A cette époque, le sursis nous apparaît comme un accessoire du droit de faire la preuve des faits diffamatoires, comme un moyen destiné à faciliter l'exercice de ce droit. La jurisprudence n'admettait pas cependant, en principe, que la preuve des faits diffamatoires pût être faite. Mais elle faisait une exception pour les faits punissables dénoncés à la justice (1). Elle permettait de les prouver, et cette preuve une fois fournie, le prévenu de diffamation devait être renvoyé purement et simplement des fins de la plainte. Le sursis pour procéder à une instruction sur les faits dénoncés, était donc indispensable et légitime.

Avec le Code pénal de 1810, le principe changea, la preuve légale de la vérité des faits diffamatoires mettait la preuve de la diffamation à l'abri de toute peine (ancien art.

1. Crim. cass., 26 avril 1810. Sirey, 1^{re} série, 3^e volume, 1^{re} partie, page 177.

2. Art. 372 du Code pénal ancien.

370, Code pénal). Par exemple, le diffamateur apportait un jugement, établissant que la personne qu'il avait qualifiée de voleuse, avait été réellement condamnée pour vol ; il devait être acquitté. Admettant de pareils principes, le législateur ne pouvait s'arrêter là. Il ne pouvait raisonnablement faire de distinction, entre l'imputation de faits déjà punis, authentiquement ou légalement constatés, et l'imputation de faits punissables selon la loi, dont la preuve légale avait pas été faite mais pouvait être faite. La preuve de la vérité des faits imputés devait, dans les deux hypothèses, assurer l'impunité du diffamateur. Aussi, le Code pénal de 1810 n'accordait-il un sursis au prévenu de calomnie, à la condition de dénoncer les faits imputés à la justice et de provoquer une instruction. Les textes étaient muets sur la question de savoir quels devaient être relativement au prévenu les effets de la condamnation prononcée contre le plaignant à raison des faits imputés et dénoncés. Mais aucun doute n'était possible, le prévenu devait être acquitté. Cette solution était imposée par les principes qui régissaient la matière de la preuve. Elle résultait avec une très grande netteté des travaux préparatoires et notamment de l'exposé des motifs de M. Faure sur l'article 372 : « Si cependant, dit M. Faure, l'auteur de l'imputation dénonce les faits, les juges doivent surseoir au jugement du délit de calomnie, jusqu'à ce qu'il soit décidé, si la personne à qui ces faits sont imputés est réellement coupable : car, si elle était condamnée, on ne pourrait (1)

1. Locré sur l'article 372. Tome 30, page 492.

raisonnablement condamner le dénonciateur ». Ainsi donc, d'après le Code pénal de 1810, comme d'après la jurisprudence antérieure au Code pénal, le droit au sursis se présente à nous comme le moyen destiné à faciliter l'exercice du droit de faire la preuve.

Le but poursuivi par le législateur, en autorisant la preuve des faits punissables, était moins la protection et la défense du prévenu de diffamation, que la répression des crimes et des délits dont il s'était fait le dénonciateur. L'intérêt supérieur de la société exige, en effet, que la punition des infractions à la loi pénale soit assurée dans la plus large mesure possible. C'est là ce qui explique les exceptions faites en faveur du prévenu de diffamation. L'impunité qui lui était acquise, au cas où le plaignant était condamné était, aux yeux de la loi, le juste prix du service qu'il avait rendu à la société.

La nature et le caractère du droit au sursis sous l'empire du Code pénal sont donc nettement déterminés. Il nous reste à rechercher si, dans les législations qui ont suivi, le sursis a conservé son caractère primitif. Est-il resté l'accessoire indispensable du droit de faire la preuve?

L'intérêt de la question ainsi posée était considérable dans le système de législation créée par la loi de 1819 et le décret de 1852, 17 février, et se manifestant à trois points de vue différents :

1° Si le sursis avait en passant dans la loi de 1819, conservé son caractère originel, la conséquence était que le droit au sursis était strictement limité aux hypothèses où la

preuve des faits diffamatoires était légalement possible. Or, sous la loi de 1819 la preuve des faits diffamatoires n'est permise qu' « à l'encontre des *dépositaires* ou *agents de l'autorité* ou *contre toutes personnes ayant agi dans un caractère public* », et seulement pour les « faits relatifs à leurs fonctions » article 20, Loi de 1819. Elle était interdite contre les simples particuliers. Donc le sursis, s'il n'était réellement destiné qu'à faciliter l'exercice du droit de faire la preuve, ne pouvait être demandé et accordé que dans les instances en diffamation introduites par les fonctionnaires publics, contre lesquels la preuve des faits diffamatoires était autorisée ; il devait être refusé dans les procès où le diffamé était un simple particulier, puisque la preuve des faits diffamatoires était impossible.

Cette opinion avait été soutenue sous l'empire de la loi de 1819 (1). Nous nous bornons à cette indication générale, et nous n'entrerons pas dans les détails d'une discussion devenue désormais sans intérêt, en présence des termes formels de l'article 35, dernier alinéa de la loi de 1881. Terminons sur ce point, en disant que le système que nous venons d'exposer dans ses traits généraux, et dont nous avons fait connaître les conséquences principales, n'avait pas prévalu.

2° Le décret du 17 février 1852 décidait que la preuve par témoins des imputations diffamatoires ne pouvait pas être faite. Malgré cette prohibition, le sursis restait-il possi-

1. Grellet-Dumazeau, tome 1^{er}, page 373 et suiv.

ble? Cette question avait été vivement agitée. La Cour de cassation décida que ce droit au sursis n'avait pas été effacé par le décret de 1852, et que l'article 25 de la loi de 1819 était toujours en vigueur (1).

3° Enfin si le sursis était resté sous l'empire de la loi de 1819 et des lois postérieures un moyen d'assurer l'exercice du droit de faire la preuve, la conséquence qui s'imposait était celle-ci : le prévenu de diffamation devait être acquitté lorsque le plaignant était condamné. Cette question ayant conservé tout son intérêt même depuis la loi de 1881, nous en réservons la discussion pour le moment où nous étudierons les effets du sursis.

En résumé, nous arrivons à cette conclusion c'est que dans les différentes législations qui se sont succédé depuis 1819 jusqu'en 1881, le droit au sursis n'était pas l'accessoire du droit de faire la preuve des faits diffamatoires.

Arrivons à la loi du 29 juillet 1881. Aucun doute n'est possible en présence des travaux préparatoires de cette loi. Dans le projet de la commission présenté à la Chambre des députés, il n'était plus question de sursis. Après avoir posé le principe que la preuve des faits diffamatoires pouvait être faite contre les fonctionnaires publics, le projet décidait que cette preuve pourrait être également faite contre toute personne, lorsque le fait imputé, à le supposer prouvé, était passible d'une peine et que le prévenu de

1. Cass. crim., 19 janvier 1855, tome 55, 1, 48. Cass. crim., 1^{er} juin 1855. Dalloz, 55, 5, 346. Orléans, 26 février 1855. Dalloz, 55, 2, 292.

diffamation avait été lésé par le fait imputé. Le prévenu, toujours d'après ce projet, devait être renvoyé des fins de plainte lorsque la preuve avait été faite (art. 38 du projet soumis à la Chambre).

L'article du projet ne fut pas adopté et on y substitua deux amendemens de MM. Bardoux et Durand. Ces amendemens légèrement modifiés, forment le texte du dernier alinéa de l'article 35. La substitution de cet amendement au texte de l'article proposé par la Commission prouve d'une manière péremptoire, que le sursis n'est pas destiné à faciliter l'exercice du droit de faire la preuve. C'est seulement un moyen de défense accordé au prévenu de diffamation. Sans doute, en fait, on arrivera au même résultat que si la preuve était autorisée, puisque la plainte du prévenu, et l'instruction qui s'ouvrira, aboutiront dans bien des circonstances, à une condamnation du plaignant. Or, cette condamnation suppose évidemment qu'au préalable les faits imputés ont été reconnus vrais. Ce serait cependant une erreur de croire qu'il n'y a aucun intérêt à rechercher si le sursis est l'accessoire du droit de faire la preuve. L'intérêt au contraire est considérable et il apparait avec toute sa force dans cette question : le prévenu de diffamation doit-il être acquitté lorsque le plaignant est condamné à raison des faits imputés. Cette question est réservée pour la seconde partie de nos études sur le sursis.

§ 2. — *Conditions du sursis.*

Pour que le sursis puisse être accordé par les juges il faut la réunion de plusieurs conditions.

1° Le fait imputé doit être punissable selon la loi, en outre ce fait doit être personnel au plaignant.

2° Il doit être l'objet d'une plainte de la part du prévenu de diffamation ou de poursuites commencées à la requête du ministère public.

3° Les faits imputés doivent être les mêmes que ceux à l'occasion desquels le prévenu de diffamation a déposé sa plainte, ou le ministère public a commencé les poursuites.

Reprenons l'une après l'autre chacune de ces différentes conditions.

1° Le fait imputé doit être punissable selon la loi. La loi du 26 mai 1819 dans son article 25 s'exprimait à ce sujet d'une manière formelle. L'art 35 de la loi du 29 juillet 1881 n'a pas reproduit les expressions employées par le législateur de 1819. Il ne peut cependant y avoir aucun doute. L'ensemble du dernier alinéa de l'art 35, les termes de cet article, les travaux préparatoires, et notamment, le dernier paragraphe de l'article du projet soumis à la chambre des députés (1) prouvent clairement qu'il s'agit de faits qui

1. Ce dernier paragraphe du projet était conçu dans les termes suivants :
« Elle (la preuve des faits diffamatoires) pourra l'être également à l'égard de toute personne, lorsque le fait est possible, en le supposant prouvé, d'une peine quelconque... »

doivent tomber sous le coup de la loi pénale. Le fait imputé doit être un délit ou une contravention. Il n'y a donc, en ce qui concerne notre première condition, aucune différence entre la loi de 1819 et la loi actuelle.

Le fait doit être punissable ; il ne suffirait pas que le fait fût immoral, s'il n'était pas en outre prévu et puni par la loi. La cour de cassation a fait une application de ce principe dans une hypothèse bien remarquable. Un père avait été publiquement accusé d'avoir livré sa fille à prix d'argent. Poursuivi devant la juridiction correctionnelle, le diffamateur dénonce les faits au ministère public, et demande que, pendant l'instruction, il soit sursis au jugement de l'instance en diffamation. Les premiers juges firent droit aux conclusions du prévenu et lui accordèrent un sursis. Déférée à la cour de cassation, cette décision fut cassée par ce motif : « que, quelle que soit l'immoralité du fait imputé par la dénonciation, ce fait ne présente point les caractères du délit déterminé par l'art... 334 du code pénal, et, qu'en prononçant dans cet état un sursis, le jugement a fausement attaqué l'art. 25 de la loi du 26 mai 1819 (1). »

Cet arrêt de la cour de cassation remonte à l'année 1845 c'est-à-dire à une époque où la loi de 1819 était encore en vigueur. La même décision devrait encore être donnée aujourd'hui, car les principes, au point de vue qui nous

1. Cass. crim., 18 sept. 1845. Dalloz, 45, 1, 398. Voir encore arrêt de la Cour d'Orléans, 31 mai 1847. Dalloz, 1847, 2, 161.

occupe, sont les mêmes dans la loi de 1819 et dans la loi de 1881. Il se présente ici une question délicate, relativement aux faits qui peuvent être frappés de peines disciplinaires, comme les actes accomplis par les notaires, les huissiers, les avoués, en violation des règles de leur profession et de leur ordre. Ces faits rentrent-ils dans la catégorie des faits punissables selon la loi, constituent-ils de véritables infractions à la loi pénale et par suite le prévenu de diffamation peut-il obtenir un sursis, en justifiant que les faits imputés sont l'objet de poursuites tendant à l'application des peines disciplinaires ?

La Cour de cassation a, par un arrêt très ancien, décidé dans une espèce particulière, que les poursuites exercées contre des avoués devant la Chambre des avoués (1), ne pouvaient servir de base à une demande de sursis. Cet arrêt a été présenté par certains auteurs comme un arrêt de principe, et comme tranchant d'une manière générale la question qui nous occupe. D'après ces auteurs, les faits punissables de peines disciplinaires, quels qu'ils soient, ne peuvent autoriser une demande de sursis. Nous estimons que l'on interprète faussement la décision de la Cour de cassation. Plaçons sous les yeux du lecteur le considérant unique par lequel la Cour motive son refus d'accorder le sursis : « Considérant que lors de cette plainte (en diffamation), aucun tribunal n'était saisi de la connaissance

1. 28 septembre 1815. Crim. cass., Sirey, 1^{re} série, 5^e volume, 1^{re} partie p. 401.

des faits à eux imputés (c'est-à-dire aux officiers ministériels : dans l'espèce c'étaient des avoués). • La Cour se refuse à considérer la Chambre des avoués comme un tribunal ; les décisions qu'elle rend ne peuvent être assimilées aux autres décisions émanées de l'autorité judiciaire, et les peines qu'elle applique ne sont pas de vraies peines. A ce point de vue on peut dire que la Cour de cassation, a rendu un arrêt de principe et décidé que les faits déférés aux chambres des avoués, des notaires, etc. pour y être punis de peines disciplinaires ne peuvent donner droit au sursis. Mais, remarquons-le, les peines disciplinaires ne peuvent pas toujours être prononcées par les chambres dont nous venons de parler.

Quelques-unes de ces peines et les plus graves ne peuvent être prononcée que par les tribunaux : par exemple la suspension et la destitution (1). Disons-nous que dans les hypothèses où les tribunaux seront chargés d'appliquer des peines disciplinaires à des officiers ministériels le sursis devra être refusé ? Il est impossible d'admettre une pareille solution, qui aurait d'ailleurs contre elle les termes mêmes du considérant de l'arrêt de cassation que nous avons reproduit plus haut. Les faits sont déférés à un tribunal pour

1. En ce qui concerne les notaires, d'après l'article 53 de la loi du 25 ventôse an XI, les suspensions, destitutions sont prononcées contre les notaires par les tribunaux civils. Ajoutez à cet article les art. 15 et 16 de l'ordonnance du 4 janvier 1843. Pour les huissiers, voyez l'art. 45 du décret du 14 juin 1813, qui décide que dans un cas, la suspension sera prononcée contre un huissier dans un cas déterminé par le tribunal correctionnel. Pour les avoués, art. 8, 9 et 10, arrêté du 13 frimaire an IX.

y être punis et ainsi se trouve remplie la condition dont l'absence avait motivé aux yeux de la cour de cassation le rejet de la demande de sursis. Nous avons donc raison de dire qu'on interprétait mal l'arrêt en question en lui donnant une portée générale, en l'appliquant à tous les faits passibles de peines disciplinaires indistinctement. Une distinction au contraire s'impose et le principe de cette distinction est contenu tout entier dans l'arrêt de cassation. Nous distinguerons les faits susceptibles de peines disciplinaires en deux classes : dans la première nous rangerons les faits qui ne peuvent être punis de peines disciplinaires que par les tribunaux : dans la seconde classe seront compris les faits qui peuvent être punis par les chambres de discipline. Les faits de la première classe donneront droit au sursis dans une instance en diffamation, les faits de la deuxième classe ne donneront jamais droit au sursis.

Le fait imputé doit donc être punissable. Mais il ne suffit pas que ce fait présente tous les caractères constitutifs d'un crime ou d'un délit ; il faut en outre que ce fait puisse être réellement puni, il faut qu'aucun obstacle légal ne s'oppose à l'application de la peine comme par exemple la prescription ou une amnistie.

Quoique le contraire ait été soutenu (1), nous ne devons pas hésiter à décider que le tribunal saisi de la plainte en diffamation, a le pouvoir souverain de rechercher si les faits qu'il a qualifiés de crimes ou de délits peuvent être punis, et s'il n'y a pas quelque impossibilité légale à l'ap-

1. Grellet-Dumazeau, tome 2, page 82.

plication de la peine. N'oublions pas que le fait imputé doit être punissable, et il est évident, qu'il ne l'est pas, lorsque la loi elle-même s'oppose à ce qu'il soit puni? La Cour de cassation a consacré cette doctrine (1).

Le pouvoir des tribunaux en ce qui concerne la demande de sursis est très limité. Les tribunaux n'ont qu'à se demander si les faits imputés sont des infractions à la loi pénale et s'ils peuvent être effectivement punis. Telles sont les deux questions, les seules que les tribunaux puissent résoudre. Quant à la vraisemblance de la dénonciation portée contre le plaignant, qu'il ait ou non commis les faits dénoncés ou poursuivis, elle n'est pas, en principe du moins, du ressort du tribunal, devant lequel la plainte en diffamation a été portée, et lors même que l'innocence du plaignant serait dès à présent démontrée, lors même qu'il serait certain que la dénonciation des faits imputés, ne constitue qu'une manœuvre du prévenu pour retarder une condamnation certaine, le tribunal devra accorder le sursis (2).

1. Crim. cass., 9 mai 1845. Dalloz, 46, 4, 413. Cet arrêt ne contient pas une consécration directe de cette doctrine. Mais pour être implicite et indirecte cette consécration n'en est pas moins certaine. La Cour de cassation, en effet, a cassé l'arrêt qui lui était déféré, par ce motif, que le tribunal saisi de la plainte en diffamation s'était trompé dans la qualification des faits imputés et leur avait appliqué une prescription trop courte. En censurant l'exercice que le tribunal avait fait de son droit, la Cour a évidemment reconnu le droit lui-même. Voyez encore un arrêt récent de cassation du 7 juillet 1882. Dalloz, 83, 1, 143.

2. Crim. cass., 6 mars 1812. Sirey, 1^{re} série, 4^e volume, 1^{re} partie, page 47.

Il arrive souvent que l'imputation comprend des faits punissables et des faits non punissables. Le sursis s'appliquera-t-il aux faits punissables comme à ceux qui ne le sont pas? Le tribunal devra-t-il retenir les imputations de faits non punissables et leur appliquer les peines prévues par la loi. La cour de cassation (1) s'est prononcée pour la négative. D'après la cour de cassation, les faits non punissables sont des faits accessoires ; ils doivent donc suivre les faits punissables qui sont les faits principaux ; et le sursis doit s'appliquer aux deux espèces de faits sans qu'aucune distinction puisse être faite. Nous ne pouvons admettre un pareil système. Nous sommes dans une matière exceptionnelle, et tout le monde sait que les exceptions ne peuvent être étendues hors des cas prévus par le législateur. Le sursis ne s'accorde pas pour les faits non punissables. A quel titre en effet le sursis serait-il accordé? A quoi pourrait-il servir? Est-ce que le fait imputé peut être l'objet d'une instruction, puisque la loi ne le punit pas? D'ailleurs le tribunal possède tous les moyens de former sa conviction et d'apprécier la culpabilité du prévenu. Le sursis prononcé pour les faits punissables ne doit donc pas s'appliquer aux faits non punissables. Tel est le principe mais nous sommes les premiers à faire à ce principe de nombreuses exceptions imposées par la force des choses et dictées par le bon sens. Le sursis s'appliquera aux deux classes de faits lorsqu'ils sont tellement connexes qu'il est impossible de les séparer.

1. 26 juillet 1821. Sirey, 1^{re} série, 6^e volume, 1^{re} partie, page 478.

Pour terminer sur l'étude de notre première condition, ajoutons que les faits punissables doivent être personnels au plaignant (1).

2^{me} condition. — Les faits imputés doivent être l'objet d'une plainte de la part du prévenu de diffamation, ou l'objet de poursuites commencées par le ministère public.

Sous l'empire du Code pénal, article 372 et de la loi de 1819, une simple dénonciation du prévenu suffisait pour justifier la demande de sursis. Le législateur de 1881 a substitué la plainte à la dénonciation ; et à ce changement dans les termes employés correspond un changement dans le fond même des choses. La différence entre la dénonciation et la plainte est bien simple et bien facile à saisir. La dénonciation signale à l'autorité compétente un fait punissable, sans que le dénonciateur ait été lésé par le fait dénoncé et sans qu'il ait par conséquent un intérêt direct à la répression. La plainte au contraire suppose que le fait a causé un préjudice au plaignant. La loi de 1881 a donc apporté une modification réelle aux conditions dont elle fait dépendre le sursis ; et cette modification est des plus raisonnables. Elle a pour premier effet de diminuer le nombre des demandes de sursis ; en second lieu ces demandes fondées sur une plainte du prévenu présentent plus de garanties de sérieux et de sincérité que celles qui reposaient sur une dénonciation.

Cass. crim., 18 sept. 1845. Dalloz, 45, 1, 398. Orléans, 3 mai 1847. Dalloz, 47, 2, 161. Lyon, 10 décembre 1880. Dalloz, 81, 2, 101.

Une plainte est donc aujourd'hui nécessaire pour que le tribunal puisse accorder le sursis. Cette solution qui a pour elle les termes mêmes de la loi (1) et les travaux préparatoires, a cependant été contestée ; mais la Cour de cassation n'a pas hésité à l'adopter (2).

La plainte exigée par la loi de 1881 est soumise aux règles générales prescrites par le Code d'instruction criminelle, article 63 et suivants.

La plainte qui est une condition du sursis doit émaner du prévenu de diffamation lui-même. Le dépôt d'une plainte par une tierce personne, à raison des faits imputés, ne pourrait servir de base à une demande de sursis et le tribunal serait dans l'obligation de passer outre au jugement du délit de diffamation. Certains auteurs ont prétendu le contraire (3). D'après eux, le tribunal, en présence d'une plainte émanée d'un tiers, aurait la faculté de surseoir. Cette doctrine est inadmissible. Nous sommes dans une matière exceptionnelle, la loi subordonne le sursis au

1. Le texte du projet soumis à la Chambre portait dans son article 38 : « Que la preuve contraire pourrait être faite, lorsque ce fait en le supposant prouvé, serait passible d'une peine quelconque et lorsque le prévenu aurait été lésé par le fait imputé. » Cette rédaction mettait bien en relief la nécessité du préjudice causé. Sans doute la rédaction de l'article définitif diffère de celle du projet. Mais, sur le point particulier qui nous occupe, les idées du législateur sont les mêmes dans les deux textes, et la substitution du mot plainte au mot dénonciation nous fait connaître clairement que le législateur a entendu maintenir dans le texte définitif, la condition du préjudice, contenue dans le projet.

2. Cass. crim., 1^{er} mars 1883. Dalloz, 83, 1, 279.

3. Faure et Benoît-Lévy. Code sur la Presse, page 177.

dépôt d'une plainte par le prévenu lui-même. (Les termes employés par la loi sont d'une clarté qui rend impossible toute contestation). D'ailleurs serait-il raisonnable de donner à la plainte d'un tiers, une portée que n'aurait pas la dénonciation du prévenu de diffamation ? Le système que nous défendons était d'ailleurs le système de la jurisprudence sous l'empire de la loi de 1819. La dénonciation d'où dépendait le sursis devait émaner du prévenu, la dénonciation faite par un tiers (1), ne produisait pas elle-même un effet. Il fallait un commencement de poursuites de la part du ministère public. Substituons le mot plainte au mot dénonciation et les décisions de l'ancienne jurisprudence s'appliqueront exactement à la législation nouvelle.

Pour donner droit au sursis la plainte doit-elle être antérieure à l'introduction de l'action en diffamation ? Remarquons en effet que la plainte, postérieure à l'exercice de l'action en diffamation, se présente dans des conditions qui permettent de douter de sa sincérité. Pout-on croire raisonnablement que le prévenu ait hésité à porter à la connaissance de la justice un délit qui lui cause un préjudice, et que seule l'action intentée contre lui ait fait cesser ses hésitations, et l'ait déterminé à déposer une plainte ? Cette plainte ne devra donc pas avoir aux yeux des juges, la même force que la plainte déposée avant tout exercice de l'action en diffamation. Cependant la loi ne distingue pas

1. Crim. cass., 9 août 1878. Dalloz, 80, 1, 479.

entre la plainte antérieure et la plainte postérieure à la plainte de diffamation, et, si nous considérons, que l'article 35 de la loi de 1881 a eu pour but de fournir un moyen de défense au prévenu de diffamation, nous reconnaitrons que le prévenu ne peut songer à sa défense avant d'avoir été attaqué, et qu'exiger le dépôt d'une plainte avant l'exercice de l'action en diffamation, ce serait rendre la défense du prévenu, absolument impossible en fait.

Nous ne ferons donc pas de distinction là où la loi n'en fait pas et nous accorderons le sursis dans les deux cas. Cette solution avait été consacrée par la jurisprudence sous l'empire de la loi de 1819 (1).

Poursuites commencées à la requête du ministère public.

La loi de 1881 accorde encore le sursis au prévenu lorsque les faits imputés sont l'objet de poursuites de la part du ministère public. Le sursis est donc subordonné à l'une de ces deux conditions : 1° plainte du prévenu ; 2° poursuites du ministère public.

Nous avons vu plus haut que la dénonciation du prévenu ne suffisait pas pour autoriser le sursis. Elle donnera au contraire droit au sursis lorsqu'elle aura provoqué les poursuites du ministère public (2).

1. Cass. crim., 26 juillet 1821. Sirey, 1^{re} série, 6^e volume, 1^{re} partie 478.

2. Lors de la première délibération devant la Chambre des députés, l'article 38 du projet avait été repoussé. Le texte en a déjà été donné plus haut. On y substitua un amendement de MM. Bardoux et Durant lequel était ainsi conçu. « Dans toute autre circonstance et envers toute autre

Poursuites commencées. — Cette expression doit être interprétée d'une manière très large. Les poursuites seront commencées lorsque le ministère public aura requis le juge d'instruction d'ouvrir une information, articles 47 et 64 du Code d'instruction criminelle ou lorsqu'il aura fait citer directement le plaignant. La cour de cassation a même été plus loin, et a décidé que les poursuites devaient être réputées commencées lorsque le procureur général déclarait à l'audience qu'il avait donné l'ordre d'ouvrir une instruction sur les faits imputés (1) Cette décision remonte à 1878, c'est-à-dire à une époque où la loi de 1819 était encore en vigueur ; mais elle devait encore être donnée aujourd'hui, car la loi de 1881 a reproduit les expressions de la loi de 1819.

3^e Condition. — Les faits qui sont l'objet des poursuites du ministère public ou de la plainte du prévenu doivent être imputés à une personne non qualifiée lorsque le fait imputé est l'objet de poursuites commencées à la requête du ministère public sur la plainte du prévenu ».

Si cet amendement avait passé dans le texte définitif de la loi, le sursis n'aurait pu être accordé qu'à ces deux conditions ; plainte du prévenu et poursuite du ministère public.

Lors de la 2^e délibération cet amendement fut soumis à la Chambre avec certaines modifications dont une entre autres, et que le rapporteur M. Lisbonne faisait connaître en ces termes. « L'amendement (de MM. Bardoux et Durand) exigeait, pour que le sursis fut ordonné des poursuites commencées sur la plainte du prévenu, tandis que l'article 25 de la loi de 1819 n'exigeait que l'alternative de poursuites commencées ou de la plainte du prévenu. Nous avons substitué à cette partie du paragraphe cette alternative de poursuites commencées ou d'une plainte de la part du prévenu de diffamation ». Ces modifications proposées par la Commission passèrent et dans le texte définitif.

2. Cass. crim., 9 août 1878. Dalloz, 80, 1, 479.

être identiques aux faits imputés. Il suffit d'énoncer cette condition, il est inutile d'y insister, car elle ressort avec évidence du texte de la loi. La jurisprudence veille avec la plus grande attention à l'accomplissement de cette condition ainsi que l'attestent les nombreux arrêts que nous indiquons en note (1).

Lorsque les conditions exigées par la loi sont remplies, ce sursis est obligatoire pour le tribunal. Il sera sursis, dit l'article 35 de la loi de 1881 comme le disait déjà la loi de 1819. On ne peut imaginer une formule plus impérative.

Une fois le sursis accordé, le ministère public est-il obligé de poursuivre? Sous l'empire de la loi de 1819, cette question était vivement controversée. Certains auteurs (2) soutenaient qu'en cette matière, comme dans toutes les autres du reste, le ministère public était maître de l'action publique et conservait le droit de ne pas poursuivre s'il estimait qu'une information n'était pas nécessaire. Cette opinion n'avait pas prévalu en jurisprudence. Elle avait contre elle l'esprit de la loi. Pourquoi en effet un sursis était-il accordé? Pour qu'il fût procédé à une instruction. Le sursis avait pour objet de rendre une instruction possible; il aurait

1. Cass. crim., 28 février 1812. Sirey, 1^{re} série, 4^e volume, 1^{re} partie, 40. Cass. crim., 7 juillet 1882. Dalloz, 83, 1, 143. Voyez encore crim. réjet, 21 mai 1835 et 9 novembre 1835. Dalloz, *Répertoire de législation, Presse outrage*, n° 1348-2^o, et 8 déc. 1866.

2. Grellet-Dumazeau, tome 2, page 90.

3. Montpellier, 22 nov. 1841. Sirey, 1842, 2^e, 159. Cass. crim., 5 juillet 1844. 1^{re} 676. Cass. crim., 29 déc. 1865. Sirey, 1866, 1^{re}, 314. Cass. crim., 1^{er} août 1879. Dalloz, 80, 1, 142.

dépendu du ministère public de le rendre inutile en ne poursuivant pas? Il ne pouvait en être ainsi. L'article 25 de la loi de 1819, portait donc une atteinte à l'indépendance du ministère public, et contenait une exception au principe qu'il est le maître absolu de l'action publique. Cette exception est très raisonnable ; les raisons par lesquelles elle se justifie ont été mises en relief avec beaucoup de force par les considérants d'un arrêt de la Cour de Montpellier.

« Attendu, dit l'arrêt, que si, dans les cas ordinaires, on doit reconnaître au ministère public la faculté de laisser sans poursuites, sous sa responsabilité, les plaintes et les dénonciations qu'il estime ne pas présenter un caractère de gravité ou de vraisemblance suffisant pour motiver son action et engager l'Etat dans les frais de poursuite, l'exercice de cette faculté, qui n'est exigé en droit absolu, par aucune disposition de la loi, et qui ne dérive que d'une règle d'administration intérieure et d'économie, ne peut être entièrement discrétionnaire, qu'autant que le ministère public est sans intérêt, et que son inaction ne porterait atteinte à aucun droit légitime, ni à aucune disposition spéciale de la loi, ou de décision judiciaire ayant force de loi ; — Que lorsque, comme dans l'espèce, un individu inculpé de diffamation se prévaut de la dénonciation des faits, prétendus diffamatoires, et invoque le bénéfice de l'art. 25 de la loi du 26 mai 1819, un double intérêt est lié à l'appréciation juridique de sa dénonciation : 1° l'intérêt du prévenu de diffamation qui ne peut, sans doute, être complètement

justifié par la vérité des faits, suivant le principe établi par l'art. 20 de la loi précitée, mais dont la culpabilité et la peine peuvent être singulièrement atténuées ou aggravées, selon que l'imputation se trouvera vraie ou fausse ; — 2° l'intérêt du plaignant en diffamation, dont l'honneur et la considération n'obtiennent qu'une réparation imparfaite, lorsque la condamnation du diffamateur intervient, abstraction faite de la vérité ou de la fausseté des faits diffamatoires et qui ne peut être complètement lavé des imputations dont il se plaint que par la démonstration préalable de leur fausseté ; — Que de ce double intérêt dérive la nécessité d'une décision juridique, sur le mérite de la dénonciation invoquée par le prévenu à l'appui de sa défense.

— Attendu qu'en matière de procédure criminelle, on ne peut reconnaître comme ayant le caractère de décisions juridiques, que les ordonnances rendues par le juge d'instruction dans le cercle de ses attributions, les ordonnances de non-lieu, ou de mise en prévention émanées de la chambre du conseil, les arrêts de non-lieu, de relaxe, de renvoi en simple police, en police correctionnelle ou aux assises, émanés de la chambre d'accusation, les jugements et arrêts rendus en première instance et en appel en matière correctionnelle, et les condamnations, absolutions ou relaxes prononcés en cour d'assises. Que les déterminations prises par les officiers du ministère public, dans le cercle de leur pouvoir administratif, ne sont pas des décisions juridiques, et ne peuvent produire des effets analogues à ceux d'un

jugement rendu après vérification et débat ; — Qu'il est de l'essence de toute décision judiciaire de laisser aux parties qui croient en souffrir, une voie de recours, sauf les cas exceptionnels, où la loi leur donne un caractère souverain ; — Qu'aucun recours n'est praticable, suivant l'ordre ordinaire de la procédure criminelle, contre les déterminations des officiers du ministère public, qui ne sont soumises à aucune forme, et restent souvent ignorées des parties, ou ne sont portées à leur connaissance que par une communication officieuse ; — D'où il suit que, dans la matière spéciale dont il s'agit, le sort des actions en diffamation serait entièrement abandonné à la discrétion du ministère public ; —

Attendu que la disposition de l'article 25 de loi du 26 mai 1819 est absolue et impérative ; qu'en ordonnant qu'il sera sursis à la poursuite et au jugement du délit de diffamation, durant l'instruction sur les faits imputés, lorsqu'ils sont punissables et dénoncés, la loi commande implicitement cette instruction ; — Qu'ainsi en supposant que, dans les cas ordinaires, le ministère public ait son libre arbitre et puisse à son gré poursuivre ou s'abstenir de poursuivre, la disposition spéciale précitée lui impose l'obligation de requérir l'instruction, lorsque, comme dans l'espèce, le dénonciateur n'a pas qualité pour y faire procéder de son chef ; — Que cette obligation ne porte, d'ailleurs, aucune atteinte à sa liberté d'opinion et d'appréciation ; — Qu'il n'est obligé qu'à requérir les actes de procédure nécessaires pour amener une décision, sauf à conclure à la déclaration de non-lieu ou au relaxe. »

Le ministère public doit poursuivre, et il doit requérir une instruction, c'est l'ordre non équivoque de la loi.

Avant la loi de 1881, il avait été jugé que le ministère public, jouissait d'une indépendance absolue, et avait le droit de s'opposer au sursis, lorsque le diffamé était une de ces personnes qui ne peuvent être jugées que par la cour d'appel sur les poursuites du procureur général. V. art. 479 et 483. Code inst. crim. et loi du 20 avril 1810 art. 10 (1). En chargeant le procureur général de faire citer les personnes qu'il désigne, l'art. 479 du code d'instruction criminelle, lui donne implicitement le droit d'apprécier s'il y a lieu à poursuites. Cette appréciation est souveraine. Le refus du procureur général de donner suite à la dénonciation, équivaut à l'ordonnance de non-lieu rendue par un juge d'instruction ; elle suffit donc pour autoriser les juges à refuser le sursis. La question ne s'est pas présentée depuis la loi de 1881 ; mais il est probable qu'elle recevrait la même solution que sous l'empire de la loi de 1819.

Le sursis peut être prononcé sur les réquisitions du ministère public ou sur les conclusions du prévenu. Le tribunal peut l'ordonner d'office. Mais si le sursis n'a pas été demandé, le fait qu'il n'a pas été sursis à l'instance en diffamation ne vicie pas la procédure ; car il n'y pas eu violation d'un principe d'ordre public, Le sursis n'est

: 1. Cass. crim., 11 nov. 1842. Sirey, 1843, 1, 640. Cass. crim., 29 déc. 1865. Sirey, 1866, 1^{re}, 311. Cass. crim., 1^{er} août, 1879. Dalloz, 80, 1^{re}, 142.

qu'un moyen destiné à faciliter la défense, le prévenu peut renoncer au bénéfice que la loi lui a accordé.

Le sursis peut être demandé en tout état de cause, même en appel.

Suites du sursis.

Lorsque le sursis aura été accordé, il sera procédé à l'instruction sur les faits imputés au plaignant. Cette instruction pourra se terminer par la constatation de l'innocence du plaignant, ou au contraire par la constatation de sa culpabilité et par sa condamnation par la juridiction répressive compétente. Dans ce premier cas, l'instance en diffamation reprend son cours ; sur cette hypothèse là aucune difficulté ne se présente. Ce prévenu sera condamné. Dans la seconde hypothèse, au contraire, une question délicate se pose, celle de savoir si la condamnation du plaignant emporte par elle-même l'acquittallement du prévenu de diffamation ? Cette question débattue sous l'empire de la loi de 1819, est encore aujourd'hui controversée.

Il est à remarquer que la jurisprudence n'a jamais été appelée à trancher cette question d'une manière directe, pas plus sous l'ancienne que sous la nouvelle loi. Les indications que nous fournit la jurisprudence, sont peu nombreuses, et manquent de précision. Seul un arrêt de la cour de Montpellier (1) nous fait connaître qu'elle doit être la conséquence de la condamnation du plaignant.

1. Montpellier, 22 novembre 1841. Sirey, 42, 2^e, 159.

Pour la Cour de Montpellier, la condamnation du plaignant ne saurait entraîner d'une manière nécessaire l'acquiescement du prévenu ; ce n'est là qu'une cause d'atténuation de la culpabilité du prévenu. « Attendu, dit la Cour, qu'un double intérêt est lié à l'appréciation juridique de la dénonciation : 1° l'intérêt du prévenu qui ne peut sans doute être complètement justifié par la vérité des faits, suivant le principe établi par l'article 20 de la loi de 1819, mais dont la culpabilité et la peine peuvent être singulièrement atténuées ou aggravées selon que l'imputation se trouvera vraie ou fausse. » La Cour de Montpellier faisait intervenir ici les principes qui régissaient la preuve des faits diffamatoires : en principe, elle était refusée : lorsque le diffamé était un fonctionnaire public, elle était autorisée. Il est évident que dans ce cas, la condamnation du plaignant, supposant faite la preuve des faits imputés, entraînera l'acquiescement du prévenu par application du deuxième alinéa de l'article 20 de la loi de 1819. Lors au contraire que le diffamé était un simple particulier, la preuve était impossible : le délit de diffamation subsistait toujours et le prévenu devait être condamné. Car, rappelons ce que nous avons déjà dit, le droit au sursis n'est pas destiné à assurer l'exercice du droit de faire la preuve ; c'est un simple moyen de défense ; la condamnation du plaignant ne peut être qu'une cause d'atténuation de la peine.

Tel est le système que nous aurions soutenu sous la loi de 1819, et que nous soutenons encore aujourd'hui sous

l'empire de la loi nouvelle. La raison qui nous détermine à l'adopter est celle-ci : le projet soumis à la chambre permettait la preuve des faits diffamatoires, sous certaines conditions, lorsque le diffamé était un particulier. La chambre a repoussé l'art. 38 du projet qui consacrait ce principe, et l'a remplacé par la disposition relative au sursis. Pour qu'il y ait une raison d'être à cette substitution d'un texte à l'autre, il faut qu'il y ait entre les deux une différence. Or, cette différence consiste précisément en ce que le projet permettait la preuve, et prononçait lorsque cette preuve était faite l'acquittement du diffamateur, tandis que le texte définitif refuse le droit de faire la preuve. Donc notre prévenu ne peut être acquitté par le fait seul de la condamnation du plaignant, puisqu'il n'a pas le droit de faire la preuve.

Cas où l'article 35 deuxième alinéa ne s'applique pas.

Le sursis n'est accordé expressément que dans le cas de diffamation. Donc, comme nous sommes en matière exceptionnelle, le droit au sursis ne peut exister au cas d'injure ou d'outrage. La jurisprudence (1) décidait ainsi, sous l'empire de la loi 1819 ; la même solution s'impose encore aujourd'hui. Elle a pour elle, les travaux préparatoires. Voici ce que disait M. Lisbonne, dans son rapport à la chambre sur l'art. 38 du projet. « Cet article du projet renferme trois dispositions liées les unes aux autres, et qui

1. Dalloz, 50, 5, 380. Cass., 13 novembre 1873. Dalloz, 74, 1, 184.

règlent un des points les plus importants de la législation en matière d'injure, d'outrage et de diffamations, la question d'admisibilité de la preuve de la vérité de l'imputation. La question n'a d'intérêt que s'il s'agit de diffamation non d'injure ou d'outrage. L'injure ne renferme de sa nature, l'imputation d'aucun fait précis, il n'y a rien dans ce cas à prouver que l'injure elle-même. L'outrage a avec l'injure la plus grande analogie, il est seulement plus grave, il implique une sorte de violence dans l'acte ou dans l'expression. La vérité du fait auquel il ferait allusion ne fait disparaître entièrement le délit que la vérité du fait en matière de diffamation doit dans notre système, absolument effacer. » Ces paroles s'appliquaient dans l'esprit du rapporteur au système de législation qu'il défendait, mais il n'est pas besoin d'une bien longue réflexion, pour voir qu'elles s'appliquent également au système qui a définitivement prévalu.

CHAPITRE III

DE LA COMPÉTENCE.

L'étude de la compétence comporte l'examen de deux questions distinctes : Première question. Quelle est la juridiction compétente pour connaître des actions qui résultent de la diffamation ? Deuxième question. Parmi les tribunaux appartenant au même ordre de juridiction devant quel tribunal spécial ces actions **devront-elles** être portées ? Ou, ce qui revient au même, nous avons à forcer les règles d'après lesquelles se détermine la compétence générale et la compétence spéciale. Nous donnerons donc nos explications en deux sections. La première sera consacrée à la compétence générale à raison de la nature de l'affaire ; la seconde à la compétence spéciale, à raison d'une affaire déterminée.

SECTION I

De la compétence générale à raison de la nature de l'affaire.

Les règles relatives à la compétence générale, n'ont pas

été toujours les mêmes, elles ont varié, au contraire bien des fois, avec les nombreuses lois sur la presse qui se sont succédé depuis le commencement du siècle jusqu'en 1881. Nous allons, aussi rapidement que nous le pourrons donner la liste de ces variations de la législation.

Sous l'empire du code pénal, la calomnie étant un délit, se trouve naturellement être de la compétence des tribunaux correctionnels, (art. 367.)

Au délit de calomnie, la loi du 17 mai 1819 substitue la diffamation et la loi du 26 mai 1819, attribue la connaissance de ce délit soit aux tribunaux correctionnels, soit aux cours d'assises d'après une double distinction. L'art. 14 de cette loi distingue d'abord, la diffamation verbale de la diffamation commise par la voie de presse. La diffamation verbale que soit la personne diffamée, est de la compétence des tribunaux correctionnels. Quant à la diffamation commise par la voie de la presse, elle est de la compétence des tribunaux correctionnels, ou de la cour d'assises suivant qu'elle est dirigée contre un simple particulier ou contre un fonctionnaire public à raison de ses fonctions, art. 20.

La loi du 25 mars 1822 (art. 17) supprime la distinction faite par le législateur de 1819 et proclame la compétence exclusive des tribunaux correctionnels.

La charte de 1830, dans son article 69, contenait la promesse d'attribuer au jury la connaissance de tous les délits de presse. Cette promesse fut tenue par la loi du 8 octobre 1830, dont les articles 1 et 2 remettent en vigueur la loi de 1819.

L'article 5 de la loi du 25 mai 1838, sur les justices de paix, reconnaît la compétence du juge de paix pour l'action civile résultant de la diffamation verbale, lorsque les parties ne se sont pas pourvues par la voie criminelle.

Le décret du 22 mars 1848 était destiné à remédier à un inconvénient, et à combler une lacune de la législation. Nous savons que la loi attribuait la connaissance du délit de diffamation au jury lorsque la diffamation avait été commise contre un fonctionnaire public, ou contre toute autre personne publique, à raison de ses fonctions. Mais la compétence exclusive du jury, n'avait été reconnue expressément par la loi, que pour l'action publique de diffamation. Quant à l'action civile en dommages-intérêts, elle pouvait être exercée, conformément à l'article 3 du Code d'Instruction criminelle, en même temps que l'action publique, ou séparément. De là il résultait, ainsi que l'avait admis une jurisprudence unanime, qu'en ce qui concernait l'action civile le jury et les tribunaux civils se trouvaient également compétents (1). Le droit d'exercer séparément l'action en dommages-intérêts et d'en saisir les tribunaux civils, était évidemment contraire à l'esprit des dispositions de la loi sur la compétence, en matière de délits de presse. Il a été supprimé par le décret du 22 mars 1848.

Aux termes de ce décret « les tribunaux sont incompétents pour connaître des diffamations, injures ou autres

1. Requ., 23 juin 1846. Dalloz, 46, 1, 225. Civ., 27 janvier 1847. Dalloz, 47, 1, 113. Requ., 23 novembre 1847. Dalloz, 47, 4, 385.

attaques » dirigées contre un fonctionnaire public à raison de ses fonctions, et ils doivent renvoyer « *devant qui de droit*, toute action en dommages-intérêts, fondée sur des faits de cette nature. » Le décret place donc, ainsi qu'il le dit dans un de ses considérants, sous la compétence de jury « tout débat entre le fonctionnaire et le citoyen. » Ce même décret, décide encore que l'action civile ne pourra jamais être exercée séparément de l'action publique, et qu'elle s'éteindra par le seul fait de l'extinction de l'action publique. Malgré ce décret, la jurisprudence décida à plusieurs reprises que les tribunaux correctionnels restaient compétents en matière de diffamation et d'injure verbales, commise même contre un fonctionnaire public (1).

L'année 1851 inaugure un changement de législation qui va durer vingt ans. Le décret du 31 décembre 1851 enlève au jury la connaissance de tous les délits qui peuvent être commis par la parole, et l'attribue aux tribunaux correctionnels. Plus radical, le décret du 17 février 1852 supprime la compétence du jury pour tous les délits commis par la voie de la presse, ou par tout autre moyen de publication (art. 25).

Avec la loi du 15 avril 1871 nous sommes ramenés au système de la loi du 26 mai 1819, mais avec une différence cependant. La loi nouvelle ne distingue pas comme, la loi de 1819, entre la diffamation verbale et la diffama-

1. Cour de Besançon, 17 août 1848. Dalloz, 48, 2, 159. Crim., 31 janvier 1850. Dalloz, 50, 1, 71. Crim., 3 août 1850. Dalloz, 50, 5, 377.

tion par la voie de la presse. La compétence n'est plus réglée d'après la nature de la diffamation, mais seulement d'après la qualité de la personne diffamée. Si le diffamé est un simple particulier, c'est le tribunal correctionnel qui sera compétent ; c'est la cour d'assises qui est compétente, lorsque la diffamation atteint un fonctionnaire public. Dans son article 4, la loi du 15 avril 1871, renouvelle la prohibition édictée par le décret du 22 mars 1848, d'exercer l'action civile séparément de l'action publique, dans les cas où la preuve des faits diffamatoires est admise. Mais, tandis que le décret de 1848 interdisait d'une manière absolue l'exercice séparé de l'action civile, la loi du 15 avril 1871 l'autorise dans le cas du décès de l'auteur de la diffamation, et dans le cas d'amuistie. Comme dans le décret de 1848, l'action civile s'éteint par le seul fait de l'extinction de l'action publique.

La loi du 29 décembre 1875 en décidant dans son article 4, que la poursuite des crimes et délits commis par la voie de la presse, ou par tout autre mode de publication, était régie par les articles 16 et 23 de la loi du 27 juillet 1849 posait en règle générale, la compétence du jury. Mais cette règle recevait un très grand nombre d'exceptions « en sorte qu'on se demande, dit le rapporteur de la loi à l'assemblée nationale, si ce n'est pas le principe lui-même qui reste désormais à l'état d'exception » (1). La compétence du jury était cependant assez étendue, ainsi que le

1. Dalloz, 76, 4, en note, 1^{re} colonne.

faisait remarquer M. le Garde des sceaux Dufaure dans la discussion de la loi. Par exemple « les attaques aux droits de l'assemblée nationale sont de la compétence du jury » (1). Il en est de même du délit d'excitation à la haine et au mépris du gouvernement, du délit d'outrage à la morale religieuse. « On laisse au jury, disait M. Dufaure, tous les délits (2) qui touchent à la politique, les autres appartiennent aux tribunaux correctionnels. « L'article 5 de la loi de 1875 attribue compétence aux tribunaux correctionnels pour les délits de diffamation d'injure et d'outrage contre toute personne, même un fonctionnaire public, pour le délit d'offense envers le président de la République, l'une des deux chambres ou le chef d'un gouvernement étranger ; pour le délit de publication ou de fausses nouvelles, pour le délit de provocation à commettre un délit suivi ou non d'effet ; pour le délit d'apologie de faits qualifiés crimes ou délits par la loi, pour les délits commis contre les bonnes mœurs, pour les cris séditieux publiquement proférés, enfin pour les infractions purement matérielles aux lois et règlements sur la presse. En dehors des délits énumérés par l'article 5, le jury était la juridiction compétente. C'est ce que déclarait M. Dufaure dans la circulaire du 7 janvier 1876. « Tous les cris qui n'ont pas été compris dans l'article 5 de la loi, seront, comme par le passé, déferés à la cour d'assises. On peut dire que

1. Discours de M. Dufaure, *Ibid.*

2. *Ibid.*

le jury demeure pour les délits de presse le juge ordinaire, en ce sens que la juridiction correctionnelle ne peut s'étendre au-delà des exceptions prévues par la loi, et que si un doute pouvait s'élever sur (1) la limite des deux juridictions, il devrait être résolu en faveur de la compétence du jury. »

Nous arrivons enfin à la loi de 1881. De même que dans la discussion des lois antérieures sur la presse, la compétence du jury donne lieu à d'intéressants débats. C'est ici le moment de faire connaître les raisons qui de tout temps ont été invoquées en faveur de la compétence du jury. Ces raisons, nous les trouvons admirablement résumées dans le rapport que présenta M. de Broglie à l'Assemblée nationale lors de la discussion de la loi du 15 avril 1871 sur la presse (2). « Deux considérations principales, dit M. de Broglie, ont déterminé de tout temps les plus sages amis de la liberté politique, à considérer le jury comme la seule juridiction qui soit appropriée à la connaissance des délits de presse. En premier lieu, l'expérience a prouvé que les infractions à la loi, commises par la voie de la presse sont d'une nature essentiellement mobile, qui ne permet ni au législateur de les définir avec précision, ni au juge de les reconnaître à des caractères parfaitement certains. L'intention de l'écrivain, les circonstances au milieu desquelles son écrit parait, doivent être prises en considération avant

* 1. Même page, 2^e colonne.

2. Dalloz, 71, 4^e, 44 et suiv.

de le déclarer punissable, presque autant que le fait lui-même. Il y a là une appréciation très délicate, sur laquelle les règles de la jurisprudence seront toujours muettes, tandis que l'opinion du public éclairé se trompe rarement. C'est donc de l'opinion que la presse est vraiment justiciable, et le jury pris dans la masse des citoyens est l'organe naturel de cette opinion commune.

De plus, les poursuites dirigées contre les délits de la presse ont presque toujours un caractère, ou du moins une apparence politique. L'esprit de parti s'en empare et semble trop souvent, soit avoir dicté l'accusation, soit animer la défense. Soumettre de pareils délits au jugement de la magistrature, c'est donc inévitablement la faire descendre dans l'arène de la politique : c'est enlever à la justice le caractère d'impartialité qui lui assure seul le respect de la société. La seule idée qu'en prononçant des condamnations contre des écrits ou des journaux, des juges se font l'instrument de l'intérêt ou de la passion du gouvernement, jette sur toute la magistrature un vernis de déconsidération qui infirme la valeur morale de ses arrêts, non seulement en matière de presse, mais en tout autre ».

L'art. 48 du projet de loi soumis en 1881 à la Chambre des députés répartissait la connaissance des délits de presse et de parole entre le jury et les tribunaux correctionnels. Cet article procédait par énumération des différents délits dont la compétence était attribuée à chacune de ces deux juridictions. Il fut voté tel, quel par la Chambre des députés, en première lecture. Mais entre les deux délibérations, la

commission apporta à la rédaction de cet article, une modification importante. Le texte nouveau, au lieu de procéder, comme l'ancien, par la nomenclature des délits attribués aux jury ou aux tribunaux correctionnels, procède par l'énonciation d'une règle générale et des exceptions apportées à cette règle. La règle générale est la compétence de la cour d'assises ; l'exception, la compétence des tribunaux correctionnels, art. 44 : « Les crimes et délits prévus par la présente loi sont déférés à la cour d'assises. Sont exceptés et déférés aux tribunaux de police correctionnelle les délits et infractions. » Le sens de la modification apportée par la commission à son texte primitif, a été très justement et très remarquablement indiqué par M. Lisbonne dans son rapport : « Le jury, devient donc en quelque sorte, juge d'attribution en matière de délits commis par la voie de la presse ou par la parole. Ce système procède d'un principe au lieu d'une classification. »

Abordons maintenant l'examen des dispositions de la loi relatives à la compétence en matière de diffamation. Pour plus de commodité, nous diviserons nos explications en trois paragraphes. Dans le paragraphe premier nous traiterons de la compétence des cours d'assises. Dans le second nous étudierons la compétence des tribunaux correctionnels, et dans le troisième, celle des tribunaux civils.

§ 1^{er}. — *Compétence de la cour d'assises.*

La cour d'assises est compétente, pour connaître de la diffamation commise contre les cours, tribunaux, corps constitués, administrations publiques énumérées dans l'article 30, ainsi que de la diffamation commise contre les fonctionnaires publics, les membres des cultes, les citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un juré un témoin (art. 31). La compétence de la cour d'assises, résulte de l'article 45 qui ne fait pas rentrer la diffamation prévue par les articles 30 et 31 dans la liste des délits, dont la connaissance est exceptionnellement attribuée aux tribunaux correctionnels. La cour d'assises sera également compétente, en matière de diffamation contre la mémoire d'une personne publique décédée (art 34).

La compétence de la cour d'assises s'applique également à l'action publique et à l'action civile qui naissent de la diffamation. En effet, à l'exemple de la loi du 15 avril 1871 et du décret du 22 mars 1848, la loi de 1881 dans son article 46, défend d'exercer l'action civile, séparément de l'action publique. L'exercice séparé de l'action civile, n'est permis que dans le cas d'amnistie ou du décès de l'auteur de la diffamation. Nous savons que le décret de 1848 et la loi de 1871, décidaient que l'action civile s'éteignait par le seul fait de l'extinction de l'action publique. Notre article 46 n'a pas reproduit cette disposition. Le

rapporteur du projet de loi, devant la chambre des députés, déclare que la commission avait « jugé inutile de reproduire cette dernière disposition qui aurait fait double emploi avec les règles » posées par la loi nouvelle en matière de prescription.

Qu'est-ce qu'un fonctionnaire public, qu'est-ce qu'un citoyen chargé d'un mandat au service public. Nous le savons déjà ; nous nous bornons à renvoyer aux explications que nous avons données sur ce point.

Pour que la Cour d'assises soit compétente, il ne suffit pas que la diffamation soit commise contre un fonctionnaire ou une personne publique, il faut de plus qu'elle soit relative à la qualité ou à la fonction de la personne diffamée, et dans le cas où la personne diffamée est un témoin, il faut qu'elle soit relative à sa déposition. La diffamation qui a trait à la vie privée des fonctionnaires et personnes publiques n'est pas de la compétence de la Cour d'assises (1). Quant à la question de savoir si la diffamation, est ou non relative à la qualité ou à la fonction, c'est une question de fait. Elle est tranchée souverainement par les tribunaux, dont la Cour de cassation ne se reconnaît pas le droit de réviser les décisions sur ce point (2). « Attendu, dit l'arrêt cité en note, qu'en se référant à un ensemble de faits, l'arrêt attaqué déclare que les imputations se rattachant aux fonctions dont l'appelant était revêtu. Attendu que ces déclara-

1. Crim., 13 juillet 1872. Dalloz, 72, 1, 287. Crim., 24 juillet 1874. Dalloz, 75, 1, 237.

2. Req., 31 janvier 1877. Dalloz, 78, 1, 58.

rations sont souveraines et ne peuvent plus être révisés par la Cour de cassation. »

A la fin du chapitre que nous avons consacré à la diffamation envers les fonctionnaires et les personnes publiques, nous nous étions demandé ce qu'il faudrait décider lorsque la diffamation dirigée contre un fonctionnaire public serait relative à la fois, à la vie publique et à la vie privée de ce fonctionnaire. Nous avons répondu, on s'en souvient, à cette question, en faisant une distinction. De deux choses, l'une, avons-nous dit, ou les imputations diffamatoires sont divisibles, ou elles ne le sont pas. Dans le premier cas, on appliquera à chaque espèce de diffamation la disposition correspondante de la loi, soit l'article 31, soit l'article 32.

Dans la seconde hypothèse, à raison de leur indivisibilité, les imputations diffamatoires doivent être considérées comme si elles étaient exclusivement relatives à la vie publique, et par suite elles tombent sous le coup de l'article 31. La même question se présente à propos de la compétence, et nous devons la résoudre de la même manière. Lorsque les imputations diffamatoires sont divisibles, il y a en réalité deux délits de diffamation, l'un contre le fonctionnaire, l'autre contre le simple particulier ; chacune d'elles donne naissance à une action. Le fonctionnaire diffamé, peut à son gré se servir de l'une ou de l'autre de ses actions ; requérir la répression de la diffamation qui l'atteint dans sa vie publique ; ou bien renoncer à cette action et déférer seulement à la justice la diffamation dirigée contre sa vie privée. Il a donc le droit, suivant qu'il exerce

l'une ou l'autre de ces actions, de saisir la Cour d'assises ou le tribunal correctionnel. Lors au contraire que les imputations diffamatoires sont indivisibles nous nous trouvons en présence d'un délit unique, le délit de diffamation commis contre un fonctionnaire à raison de ses fonctions. Dès lors, la Cour d'assises est seule compétente. Ces solutions conformes à l'esprit de la loi ont été sanctionnées à maintes reprises par la jurisprudence, et, il faut le remarquer, aussi bien par la jurisprudence antérieure à cette loi que par la jurisprudence postérieure (1).

§ 2. — *Compétence des tribunaux correctionnels*

L'article 45 attribue d'une manière expresse, la connaissance de la diffamation contre les simples particuliers aux tribunaux correctionnels. Cette compétence des tribunaux correctionnels s'étend, ainsi que nous venons de le dire, à la diffamation qui atteint un fonctionnaire public ou une personne publique dans sa vie privée. Il en est de même pour la diffamation dirigée contre la mémoire d'un simple particulier décédé.

Quelle est la juridiction compétente en matière de diffamation contre les directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit? Est-ce la

1. Crim., 4 juillet 1851. Dalloz, 51, 1, 230. Crim., 18 janvier 1851. Dalloz, 51, 1, 106. Crim., 15 mai 1873. Dalloz, 74, 1, 498. Crim., 5 juillet 1883. Dalloz, 83, 1, 431.

Cour d'assises ou le tribunal correctionnel ? La question est controversée. En faveur de la compétence de la Cour d'assises, on peut invoquer deux arguments principaux : 1^o le législateur a établi une corrélation intime entre le droit de faire la preuve des faits diffamatoires et la compétence de la Cour d'assises. Or, la loi autorise la preuve des faits diffamatoires contre les administrateurs et directeurs des sociétés ; donc, la diffamation dirigée contre ces mêmes personnes est de la compétence de la Cour d'assises ; 2^o l'article 45 pose en principe, que la Cour d'assises est compétente pour connaître de tous les délits de presse. Le même article énumère ensuite les exceptions à ce principe. Or, l'article 35, § 2, relatif aux directeurs et administrateurs des sociétés, n'est pas compris dans les exceptions ; il reste donc soumis à la règle générale. Donc, la Cour d'assises est compétente.

Dans une seconde opinion que nous croyons devoir adopter, on répond par les considérations suivantes : proclamer la compétence de la Cour d'assises en matière de diffamation contre les directeurs et administrateurs des sociétés, etc., etc., c'est assimiler ces directeurs et administrateurs à de véritables fonctionnaires publics. Or, ce ne sont pas des fonctionnaires publics, ce sont de simples particuliers. Sans doute, la loi a autorisé contre eux la preuve des faits diffamatoires ; mais il ne faut pas donner à cette innovation de la loi de 1881, un sens et une portée qu'elle n'a pas. La loi a voulu fournir à la presse le moyen de protéger l'épargne contre les exploitations dont elle est trop

souvent la victime. C'est pour cela qu'elle a permis, comme le disait M. Pelletan, dans son rapport au Sénat, « de signaler ces détournements de l'épargne nationale » et, par suite, d'en faire la preuve (1). Mais les administrateurs et les directeurs de ces sociétés sont restés, ce qu'ils ont toujours été, de simples particuliers. Ils n'ont pas été assimilés par la loi à des fonctionnaires publics, ni à des citoyens chargés d'un mandat ou service public. Puisqu'il en est ainsi, la question de compétence se trouve tranchée d'elle-même. Le deuxième alinéa de l'article 46 attribue aux tribunaux correctionnels la connaissance de la diffamation contre les simples particuliers et, par suite, de la diffamation contre les directeurs et administrateurs des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne et au crédit. La Cour de cassation (2) et la Cour de Paris ont consacré cette opinion (3).

La compétence des tribunaux correctionnels s'applique également à l'action publique et à l'action civile résultant de la diffamation.

§ 3. — *Compétence des tribunaux civils.*

La compétence des tribunaux civils est forcément restreinte à l'action en dommages intérêts fondée sur la diffamation. Nous savons que l'article 46 interdit l'exercice

1. Rapport de M. Pelletan. *Journal officiel*. Annexes du Sénat, page 463.

2. Crim. cass., 29 juin 1882. Dalloz, 82, 1, 383.

3. Cour de Paris, 6 janvier 1883. Dalloz, 83, 2, 167.

séparé de l'action publique et de l'action civile, et qu'en conséquence les tribunaux civils sont incompétents pour connaître de cette dernière action. Mais la prohibition de l'article 46 est limitée par cet article au cas où la diffamation est commise contre une Cour, un tribunal, un corps constitué, ou un fonctionnaire public. Cette prohibition ne s'applique donc pas à la diffamation contre les particuliers, et dans ce cas l'action seule peut être portée devant les tribunaux civils. Les tribunaux seuls sont compétents pour connaître de l'action civile, même lorsque la personne diffamée est un fonctionnaire public, dans l'hypothèse d'une amnistie ou du décès de l'auteur de la diffamation.

Rappelons, en terminant, que dans une hypothèse particulière, le juge de paix est compétent pour connaître de l'action civile en diffamation. L'article 5 de la loi du 25 mai 1838, dans son dernier alinéa, dispose en effet que le juge de paix est compétent pour connaître, sans appel jusqu'à la valeur de 100 francs, et à charge d'appel à quelque valeur que la demande puisse s'élever, de l'action civile pour diffamation verbale. Mais pour que le juge de paix soit compétent il faut, d'après la loi, que les parties ne se soient pas pourvues au criminel.

DEUXIÈME SECTION

Compétence spéciale à raison d'une affaire déterminée.

Quel est le tribunal compétent, quelle est la Cour d'assises compétente pour connaître des actions résultant de la

diffamation. La loi est muette sur ce point ; les règles applicables sont donc celles du droit commun. En ce qui concerne l'action civile, la compétence est réglée par le Code de procédure (art. 59). Quant à la compétence relative à l'action publique, elle est fixée par l'article 62 du Code d'instruction criminelle. La juridiction compétente pour l'action publique, est la juridiction de la résidence du prévenu et celle du lieu où le délit a été commis, c'est-à-dire de tous les lieux dans lesquels la diffamation a été rendue publique (1).

La législation nouvelle diffère beaucoup sur ce point de la législation antérieure qui avait réglementé d'une manière particulière la compétence spéciale. D'après l'article 12 de la loi du 26 mai 1819, il fallait distinguer entre la diffamation commise dans un écrit assujetti au dépôt légal, et celle qui avait été commise par tout autre moyen. Dans ce dernier cas, le prévenu pouvait être traduit, conformément à l'article 63 du Code d'instruction criminelle, soit devant le tribunal du lieu du délit, soit enfin devant celui du lieu où il avait pu être trouvé.

Lors au contraire que la diffamation avait été commise dans un écrit assujetti au dépôt légal, la compétence variait suivant que le dépôt avait été effectué ou non : si le dépôt avait été effectué les poursuites ne pouvaient être faites que devant les juges du lieu où le dépôt avait été opéré ou de celui de la présidence du prévenu (art. 12 1^{er} alinéa loi du 26 mai 1819).

1. Circulaire ministérielle, 9 novembre 1831. Dalloz, 1831, 3^e partie, 109.

Dans le cas de contravention aux dispositions relatives au dépôt les poursuites pouvaient être faites soit devant le juge du lieu où les écrits et autres instruments de publication avaient pu être saisis (art. 12 dernier alinéa même loi).

La loi reconnaissait à la partie plaignante, le droit d'exercer son action devant les juges de son domicile lorsque la publication y avait été effectuée (art. 12 dernier alinéa), Mais une difficulté s'était élevée sur ce point. La partie plaignante qui avait incontestablement le droit de porter l'action civile devant les juges de son domicile, avait-elle le droit de saisir le tribunal correctionnel de son domicile? Cette question avait donné lieu à une controverse que nous n'avons pas à exposer ici. La jurisprudence avait reconnu à la partie plaignante le droit d'exercer son action devant le tribunal correctionnel de son domicile (1).

L'article 18 de la loi du 29 décembre 1875, avait expressément attribué la connaissance des crimes et délits délégués à la cour d'assises du lieu de dépôt.

1. Cour de Paris, 31 mars 1835. Dalloz, *Rép. Presse ouvrage*, 1460.

CHAPITRE IV

DE LA PROCÉDURE

Les règles de la procédure sont intimement liées avec les règles de la compétence. La procédure a donc subi dans notre législation et pour les mêmes causes, les mêmes variations que la compétence. Nous ne croyons pas devoir placer au début de cette étude un exposé détaillé des systèmes de procédure qui ont été successivement adoptés par les différentes lois sur la presse. Nous estimons qu'il est préférable, au double point de vue de la méthode et de la clarté, de renvoyer l'indication des dispositions des lois anciennes, au cours de nos explications sur la loi de 1881, à la place qui leur est naturellement et logiquement assignée par leur rapport avec les articles de cette dernière loi. Cette manière de procéder nous permettra de mettre mieux en relief les différences qui séparent l'ancienne législation de la nouvelle. Pour le moment, nous nous bornerons à énumérer les différents systèmes de procédure qui se sont succédé, et à les caractériser d'une manière générale et sommaire.

Sous l'empire du Code pénal, la calomnie est un délit. La procédure qui lui est applicable est celle du droit commun en matière de délit.

La loi du 26 mai 1819, déroge aux règles ordinaires de

la compétence, en attribuant à la Cour d'assises, la connaissance du délit de diffamation dans certains cas. Dans les mêmes cas, la loi de 1819, apporte une dérogation analogue, aux règles ordinaires de la procédure et établit un système spécial de procédure devant la Cour d'assises. La diffamation qui reste soumise à la compétence du droit commun reste également soumise à la procédure de droit commun, c'est-à-dire que devant les tribunaux correctionnels on suivra la procédure réglée par le Code d'instruction criminelle.

Avec la loi du 25 mars 1882, on revient au droit commun en matière de compétence et par suite en matière de procédure.

La loi du 8 octobre 1830, remet en vigueur les dispositions de la loi de 1819, sur la compétence et sur la procédure.

Ce système modifié par les lois du 8 avril 1831, du 9 septembre 1835 et du 27 juillet 1849 art 16 a subsisté jusqu'au décret du 17 février 1852 dont l'art. 27 dispose qu'à l'avenir, « les poursuites auront lieu dans les formes et délais prescrits par le code d'instruction criminelle. »

La loi du 15 avril 1871 rétablit les dispositions de la législation abrogée par le décret de 1852.

La loi du 29 décembre 1875 revient purement et simplement en droit commun en ce qui concerne la diffamation (art. 5).

Arrivons au système adopté par la loi de 1881. Cette étude sera divisée en trois parties.

Première partie. — De la procédure devant la cour d'assises.

Deuxième partie. — De la procédure devant les tribunaux correctionnels.

Troisième partie. — De la procédure devant les tribunaux civils.

Première partie.

Procédure devant la Cour d'assises.

Une sous division est absolument nécessaire dans cette partie de nos études. Dans une première section nous traiterons des formalités antérieures à la comparution en justice ; dans la seconde nous parlerons de la comparution en justice ; dans la troisième nous étudierons les règles et la procédure de la preuve.

SECTION I

Des formalités antérieures à la comparution en justice.

Lorsque nous avons étudié les actions résultant de la diffamation, nous avons indiqué dans quels cas, la poursuite pouvait être exercée d'office, dans quels cas au contraire elle était subordonnée à une plainte préalable de la personne diffamée. Nous renvoyons donc aux explications que nous avons données sur ce point.

La loi de 1881 dans son article 47, reconnaît au mi-

nistère public et à la personne diffamée le droit de saisir directement la Cour d'assises de la connaissance du délit de diffamation. Il n'en était pas ainsi dans l'ancienne législation. Sous l'empire de la loi de 1819 le ministère public, ne pouvait faire citer directement le prévenu devant la Cour d'assises. Il pouvait seulement requérir une instruction. Ce droit lui fut conféré par la loi du 8 avril 1831, et maintenu par les lois postérieures des 9 septembre 1835 (art. 37) et 27 juillet 1849 (art. 16). Le décret de 1852 lui enleva ce droit, qui lui fut restitué expressément par la loi de 1871, article 3, 2^e alinéa. D'après la loi du 29 décembre 1875, le ministère public ne pouvait user de son droit de citation directe en matière de diffamation. Le législateur de 1881, restitue intégralement au ministère public le droit de citation directe devant la Cour d'assises et, de plus, il l'accorde, ce que n'avaient pas fait les lois antérieures, à la personne diffamée.

Le ministère public au lieu de faire citer directement le prévenu, peut s'il le veut, se borner à requérir une information (art. 48).

Lorsque la personne diffamé, veut user de son droit de citation directe, elle doit demander par une requête, au président des assises de fixer le jours et heures auxquels l'affaire sera appelée (art. 47 dernier alinéa). La requête doit être adressée au président qui doit présider la prochaine session des assises. Or dans le cas où conformément à l'article 59, une cour d'assises est une cour d'assises extraordinaire et convoquée, la présidence de cette cour

est déférée par l'article 81 du décret du 6 juillet 1812 au président de la dernière session d'assises, c'est donc à lui que la partie diffamée devra présenter sa requête.

« La loi n'impose pas au ministère public l'obligation d'adresser une requête au président des assises pour la fixation du jour auquel seront portées à l'audience les affaires poursuivies à sa requête. Les rapports de ces magistrats entre eux rendaient cette formalité inutile. Il suffira donc que le ministère public se concerte, à cet effet, avec le président des assises (1). »

Le droit de saisie est réglé par l'article 49. La loi du 26 mai 1819 dans son article 7 autorisait le juge d'instruction, après avoir reçu le réquisitoire ou la plainte, à faire procéder à la saisie des écrits, imprimés, placards, dessins, gravures, emblèmes. Les articles suivants contenaient une réglementation dans les détails de laquelle il est absolument inutile d'entrer. Rappelons que l'article 37 du code d'instruction criminelle, permet au procureur de la République de se saisir des papiers ou effets qui peuvent servir à conviction ou à décharge.

Lors de la discussion de la loi de 1881, la commission de la chambre des députés avait rédigé sur le droit de saisie un article ainsi conçu. « Immédiatement après avoir reçu le réquisitoire, le juge d'instruction pourra ordonner la saisie des écrits, imprimés, etc., etc., et autres instruments de publicité, dans le cas seulement où le dépôt pres-

1. Circulaire garde des sceaux, 9 novembre 1881. Dalloz, 81, 3^e, 109.

crit par les articles 3 et 10 n'aurait pas été effectué ; dans ce cas la saisie de quatre exemplaires pourra être ordonnée, les dispositions sont communes au procureur de la République et au juge d'instruction. » M. Ribot critiqua cet article à un double point de vue ; parce qu'il était muet sur l'arrestation préventive et sur le droit de saisie des écrits imprimés qui avaient fait l'objet d'une condamnation (1). Sur les observations de M. Ribot cet article fut renvoyé à la commission. La commission rédigea un nouveau texte qui est devenu l'article 49 actuel.

Il résulte de cet article que la saisie n'est pas permise en principe. Elle ne peut avoir lieu que dans le cas où le dépôt prescrit par les articles 3 et 10, de la loi nouvelle n'aura pas été effectué ; et même dans ce cas la saisie sera restreinte à quatre exemplaires de l'objet incriminé. M. Lisbonne justifiait ainsi la disposition de l'article 49, relative à la saisie : « Nous n'avons pas voulu que la saisie dégénérât en une mesure préventive, nous n'avons fait qu'un moyen de constater le corps du délit... Plus de saisie préventive dans le sens juridique du mot, mais une simple mesure pour constater l'identité de l'objet incriminé (2).

La loi fait cependant une exception et autorise la saisie préventive dans le cas d'outrage aux bonnes mœurs lorsque ce délit est commis au moyen de l'exposition au regard du

1. Chambre des députés. Séance du 1^{er} février 1881. *Journal officiel* du 2 février. Débats de la Chambre, 132.

2. Séance du 5 février 1881. *Journal officiel* du 6 février, 153.

public, au moyen de la mise en vente, du colportage et de la distribution de dessins, gravures, peintures, emblèmes, ou images obscènes (art. 28).

L'article 49, permet en cas de condamnation, de prononcer la saisie des exemplaires à l'occasion desquels la condamnation aura été encourue. La suppression et la destruction de ces écrits peut également être ordonnée. Il fallait, comme le dit la circulaire du garde des sceaux, « empêcher la circulation d'écrits reconnus délictueux ». Ce droit d'ordonner la saisie, la destruction ou la suppression est limité aux exemplaires exposés aux regards du public, mis en vente ou distribués.

Lorsque le prévenu est domicilié en France, il ne peut plus être arrêté préventivement, sauf en cas de crime (art. 49, 2^e alinéa). Dans cette hypothèse le droit commun reprend son empire (art. 114 et suiv. code instruction criminelle).

Lorsque la cour d'assises est saisie par voie de citation directe soit à la requête du ministère public, soit à la requête de la personne diffamée, la citation doit contenir d'après l'art. 50, l'indication précise des écrits, imprimés, qui sont l'objet de la poursuite, ainsi que de la qualification des faits. L'art. 6 de la loi du 26 mai exigeait aussi que le ministère public ou la partie plaignante articulât et précisât les faits à raison desquels la poursuite était intentée ? L'utilité de ces énonciations est facile à saisir ; en fixant ou limitant le débat elles permettent au prévenu de préparer sa défense. Mais l'art. 50 de la loi de 1881 exige

quelque chose de plus que la loi de 1819. La citation doit indiquer les textes de la loi invoquée à l'appui de la demande. La loi déroge sur ce point au droit commun. En effet d'après l'art. 183 du code d'instruction criminelle, il suffit que la citation énonce les faits. Comment se fera l'indication du texte invoqué à l'appui de la demande. Faudra-t-il transcrire le texte de la loi ou suffira-t-il d'indiquer le texte par son numéro. La jurisprudence a décidé qu'il n'est pas nécessaire de transcrire le texte (1).

Dans le cas où la citation a été donnée à la requête de la personne diffamée, elle devra contenir copie de l'ordonnance du président des assises et élection de domicile dans la ville où siège la cour d'assises? La citation sera notifiée au prévenu et au ministère public? Toutes ces formalités sont prescrites par la loi à peine de nullité. La nullité encourue est-elle une nullité d'ordre public. Cette question devant se représenter à propos de l'art. 60 nous en renvoyons l'examen au moment où nous expliquerons l'article 60.

L'article 48 exige également lorsque le ministère public requiert une information que son réquisitoire articule et qualifie les faits et indique le texte dont l'application est demandée, le tout à peine de nullité. Lorsque à la suite du réquisitoire du ministère public une information est ouverte et qu'elle aboutit à un arrêt de renvoi devant la cour d'assises faut-il dresser un acte d'accusation, et le notifier au

1. Tribunal de la Seine, 29 décembre 1881. *Journal la Loi*, 30 décembre 1881. Crim., 10 mars 1882. Dalloz, 82, 1, 190.

prévenu, conformément aux articles 241 et 242 du code d'instruction criminelle? La cour de cassation a décidé aussi bien sous l'empire de la loi de 1819 (1) que sous l'empire de la loi du 15 avril 1871 (3) que les prescriptions des articles 241 et 242 du code d'instruction criminelle ne s'appliquent pas en matière de délits de peine soumis aux cours d'assises. La circulaire ministérielle du 11 novembre 1881 a déclaré que sous la loi actuelle cette jurisprudence doit être suivie. « Tous les articles, dit la circulaire, qui supposent la détention préventive sont nécessairement inapplicables aux prévenus des délits de presse et de parole; il en est ainsi notamment de l'interrogatoire prescrit par l'article 293 du code d'instruction criminelle et en général de tous les articles de ce code, qui ne peuvent, d'après l'ensemble de ses dispositions, trouver leur application qu'à l'égard des individus accusés de crimes et placés dans les liens d'une ordonnance de prise de corps » (3).

La cour de cassation dans un arrêt du 4 mars 1882 a maintenu sa jurisprudence antérieure à la loi de 1881 (4). Aux termes de cet arrêt la rédaction et la ratification au prévenu de l'acte d'accusation ne sont pas nécessaires; mais cet arrêt va plus loin et décide que la notification de l'arrêt de renvoi n'étant pas exigée par la loi n'est pas né-

1. Crim., 10 avril 1847. Dalloz, 47, 1, 90 et les arrêts auxquels il renvoie

2. Crim., 6 mars 1874. Dalloz, 74, 1, 277.

3. Circ. min., 9 novembre 81. Dalloz, 81, 3, 110.

4. Crim., 4 mars 1882. Dalloz, 82, 1, 236.

cessaire. La circulaire ministérielle au contraire prescrit de notifier l'arrêt de renvoi. La cour de cassation reconnaît d'ailleurs que l'accomplissement de cette formalité « est conforme à l'usage et à une bonne administration de la justice. »

Mais, si la cour de cassation déclare qu'il n'est pas indispensable de dresser un acte d'accusation et de le notifier au prévenu, il en est autrement de la notification au prévenu de liste des jurés. Un arrêt de cassation du 8 décembre 1881, décide que la notification de la liste du jury qui doit être faite au prévenu conformément à l'article 395 du Code d'instruction criminelle, est une formalité substantielle exigée par la loi à peine de nullité même lorsqu'il s'agit « d'une poursuite pour un délit dont le jury est appelé à connaître en vertu d'une disposition spéciale de la loi » sur la presse (1). Cet arrêt décide également que la partie civile n'a pas le droit de récuser les jurés. L'exercice illégal de ce droit entraîne la nullité alors même que le ministère public, après chaque récusation exercée par la partie civile, aurait déclaré s'y associer.

Le délai entre la citation et la comparution devant la cour d'assises, qui est de cinq jours francs, lorsqu'il s'agit de crimes et de délits autres que la diffamation, est de douze jours francs en matière de diffamation, plus un jour par cinq myriamètres (art. 51 et 52). La loi du 27 juillet 1849 art. 16 fixait à trois jours le délai pour comparaître.

1. Crim., 8 décembre 1881. Dalloz, 82, 1, 42.

La loi du 15 avril 1871, qui avait remis en vigueur les articles 21 et 22 de la loi du 15 mai 1819, avait assigné aux délais fixés par ces articles, la citation donnée par le ministère public comme point de départ et avait décidé que l'affaire ne serait pas portée devant la cour d'assises avant l'expiration de ces délais.

SECTION II

De la comparution en justice

Le prévenu est en principe obligé de comparaître en personne. L'art. 185 du code d'instruction criminelle l'autorise à se faire représenter par un avoué « dans les affaires relatives aux délits qui n'entraîneront pas la peine de l'emprisonnement.

La loi du 21 mai 1819 permettait expressément au prévenu de se faire représenter devant la cour d'assises par un fondé de pouvoir. Le même droit appartenait évidemment au prévenu lorsqu'il était cité devant le tribunal correctionnel.

D'après les articles 2 et 4 de la loi du 8 avril 1831 le prévenu était obligé de comparaître en personne. La loi du 5 septembre 1835 ne s'était pas expliquée sur ce point, mais la doctrine et la jurisprudence (1) reconnaissaient au

1. Cour des Pairs, 8 mars 1841. Dalloz, 41, 3164.

prévenu le droit de se faire représenter par un fondé de pouvoir.

Le décret du 6 mai 1848 rendu par le gouvernement provisoire, ayant abrogé la loi du 9 septembre 1835, la loi du 8 avril 1831 se trouve remise en vigueur.

La loi du 27 juillet 1849 ne permet pas au prévenu de se faire représenter par un fondé de pouvoir devant la cour d'assises ; car l'art. 17 de cette loi dispose, que si à l'audience où il doit être statué sur l'opposition, le prévenu n'est pas présent, le nouvel arrêt rendu par la cour sera définitif.

Le décret du 17 février 1852 remet purement et simplement en vigueur les dispositions du code d'instruction criminelle. Le prévenu dès lors ne peut se faire représenter par un avoué que dans les affaires qui n'entraînent pas la peine de l'emprisonnement (1).

La loi du 15 avril 1871 et celle du 29 décembre 1875 ayant rétabli les disposition de la loi du 27 juillet 1849, le prévenu est obligé de comparaître en personne.

La loi du 29 juillet 1881 impose au prévenu l'obligation de comparaître en personne ; car l'article 57 de cette loi dispose que « faute par le prévenu de former son opposition dans le délai fixé en l'article 56 et de la signifier aux personnes indiquées dans cet article, ou de comparaître par lui-même, au jour fixé en l'article précédent, l'opposition sera réputée non avenue et l'arrêt par défaut sera définitif. »

1. Crim., 25 août 1854. Dalloz, 54, 1, 293.

SECTION III

De la preuve.

La preuve du délit de diffamation est soumise aux règles ordinaires du droit commun. C'est à celui qui poursuit la répression du délit à le prouver. La preuve devra porter sur les imputations diffamatoires, sur la publicité et sur l'intention de nuire. Elle pourra être faite de toutes les manières.

Quels moyens le prévenu peut-il employer pour sa défense ? Et notamment peut-il prouver la vérité des imputations diffamatoires ; et s'il fait cette preuve doit-il être renvoyé des fins de la poursuite ? Cette question a été résolue différemment, suivant les époques, dans notre droit français.

Dans l'ancien droit, à défaut de disposition législative expresse, la jurisprudence n'admettait pas la preuve des imputations diffamatoires. La vérité des faits reprochés n'absolvait pas le diffamateur. Le système de la jurisprudence avait trouvé son expression dans une maxime devenue célèbre : *Veritas comini non excusat*.

Si du droit ancien nous passons au droit intermédiaire nous ne constatons aucun changement. Le Code de brumaire an IV est muet sur cette question ; et la jurisprudence qui est chargée de l'appliquer, se conforme aux principes de la jurisprudence antérieure à 1789.

Le Code pénal de 1810 réalise dans la législation un changement considérable. Le prévenu de calomnie peut prouver la vérité des faits imputés. Mais la loi ne lui laisse pas le choix des moyens pour faire la preuve. L'article 368 exige une preuve légale et le deuxième alinéa de l'article 370, définissant la preuve légale, nous dit que cette preuve est celle qui résultera d'un jugement ou de tout autre acte authentique. A défaut de cette preuve légale, l'auteur de l'imputation ne peut être admis à en prouver la vérité : il ne peut invoquer ni la notoriété des faits, ni démontrer « que les imputations qui donnent lieu à la poursuite sont copiées ou extraites de papiers étrangers ou autres écrits imprimés » (art. 368). Le Code pénal, pour le cas où la preuve légale avait été rapportée, décidait, que le prévenu était à l'abri de toute peine (art. 370).

Nous avons montré, dans notre introduction, les inconvénients de ce système du Code pénal, nous ne reviendrons pas sur ce point et nous passons à la loi de 1819.

La loi de 1819 pose en principe dans son article 20 que la preuve des fait diffamatoires est interdite « Nul, n'est admis, dit cet article, à prouver la vérité des faits diffamatoires. La loi n'autorise cette preuve que dans le cas où la diffamation est dirigée contre des fonctionnaires publics où des personnes ayant agi dans un caractère public et seulement lorsqu'elle porte sur des faits relatifs à leurs fonctions. Quant aux diffamations qui ont trait à la vie privée des fonctionnaires, la preuve est interdite. Ce n'est pas ici le lieu d'exposer les raisons qui ont été invo-

quées pour justifier l'admissibilité de la preuve, lorsqu'il s'agit de diffamation contre les fonctionnaires publics. Cet exposé sera mieux à sa place, lorsque nous analyserons les travaux préparatoires de la loi de 1881. La loi de 1819 déclarait, comme le Code pénal de 1810, qu'au cas où la preuve avait été faite, le prévenu était à l'abri de toute peine.

La loi du 25 mars 1822 apporte une modification importante à la loi de 1819 en prohibant la preuve testimoniale pour établir la vérité des imputations diffamatoires.

Les articles 4 et 5 de la loi du 8 octobre 1830 remirent en vigueur les dispositions de la loi de 1819.

Le décret du 17 février 1852 revint au système de la loi de 1822 et décida qu'en aucun cas la réalité des imputations diffamatoires ne pouvait être prouvée par témoins. La preuve écrite est seule admise (1).

1. Il semble résulter de la circulaire du ministre de la justice, en date du 27 mars 1852 et relative à l'application du décret du 17 février 1852, que toute preuve, même la preuve écrite, était interdite par le décret. Voici comment s'exprime le ministre de la justice : « Les art. 20, 21... de la loi du 26 mai 1819 sont sans objet et nécessairement abrogés, puisque l'art. 28 de la loi du 17 février 1852 n'admet dans aucun cas la preuve par témoins pour établir la réalité des faits injurieux ou diffamatoires. » V. circul. minist. Dalloz, 52, 3^e partie, page 13, 1^{re} colonne, *in principio*. Malgré les termes absolus dans lesquels est conçu ce passage de la circulaire ministérielle, nous n'hésitons pas à déclarer que sous l'empire du décret du 17 mars 1852, la preuve écrite était permise. C'est ce qui résulte d'un simple rapprochement entre l'article 20 de la loi du 26 mai 1819 et l'art. 28 du décret de 1852. La loi de 1819 s'appliquait à toute espèce de preuves, aussi bien à la preuve écrite qu'à la preuve testimoniale. Le décret de

La loi du 15 avril 1871, article 3, et la loi du 29 décembre 1875 reviennent au système de la loi de 1819. Lors de la discussion de la loi de 1881, la commission de la Chambre des députés proposa l'adoption des dispositions de la loi de 1819 avec certaines modifications ; l'article qu'elle rédigea était ainsi conçu : « La vérité du fait diffamatoire pourra être établie par toutes sortes de preuves dans les cas où la diffamation est commise, soit envers l'un des corps indiqués dans l'article 30, soit envers les personnes indiquées dans l'article 31, mais seulement dans les cas où elle porte sur des faits relatifs à leurs fonctions, ministère, mandat, service de déposition. Elle pourra l'être également à l'égard de toute personne lorsque le fait est passible, en le supposant prouvé, d'une peine quelconque et que le prévenu a été lésé par le fait imputé. Dans tous ces cas, si la preuve est rapportée, le prévenu sera renvoyé de la plainte. »

Ainsi la commission établissait une première distinction entre les fonctionnaires publics, et les personnes chargées d'un mandat ou service public d'une part, et le simple particulier d'autre part. En ce qui concerne les premiers, la preuve des faits diffamatoires pouvait être faite dans tous les cas. Quant aux particuliers, la commission faisait une sous distinction entre les faits punis par la loi pénale, et les faits qui ne le sont pas. Dans la seconde hypothèse, elle

1852 n'exclut que la preuve par témoins, la preuve écrite peut donc toujours être faite.

est permise lorsque le prévenu de diffamation a été lésé par le fait imputé. Cette dernière disposition de la commission était inapplicable lorsque les faits imputés avaient fait antérieurement l'objet d'une condamnation.

Le dernier alinéa du projet de la commission fut vivement combattu par M. Bardoux, qui déposa un amendement dans lequel il demandait la suppression de ce dernier alinéa. L'amendement de M. Bardoux, comme nous l'avons déjà fait remarquer, en étudiant le sursis aux poursuites, était à peu de chose près la reproduction de l'article 25 de la loi du 26 mai 1819. L'amendement de M. Bardoux fut adopté en première lecture (1).

Jusqu'ici nous sommes en présence de deux systèmes, sur le droit de faire la preuve des faits diffamatoires, celui de la commission de la Chambre des députés et celui de M. Bardoux, qui n'est autre que le système de la loi de 1819, avec des modifications sans grande importance.

Il était réservé à la deuxième délibération devant la Chambre des députés et à la discussion devant le Sénat de donner naissance à deux autres systèmes.

A la Chambre des députés, M. Ballue proposa une solution radicale. D'après M. Ballue, la preuve devait être autorisée dans tous les cas. Cette proposition avait aux yeux de son auteur, l'avantage considérable de permettre à l'honnête homme calomnié de faire éclater son innocence,

1. Séance du 1^{er} février 1881. *Journal officiel* du 2 février. Débats de la Chambre, page 124.

ce qu'il ne pouvait faire sous l'ancienne législation (1). La proposition de M. Ballue ne fut pas adoptée (2).

Au Sénat, M. Bozerian proposa une solution mixte, qui avait déjà été soumise à la commission de la Chambre, par M. Hérisson. Aux termes de cette proposition, la preuve des faits diffamatoires aurait été permise lorsque la personne diffamée la réclamait. Ce système combattu par M. Pelletan n'a pas été adopté. « La commission, dit M. Pelletan, a pensé qu'il fallait ou permettre ou interdire la preuve dans tous les cas, car du moment où le diffamé renonce à la demander, il crée contre lui la présomption de la vérité des faits allégués. »

Tels sont les différents systèmes qui se sont produits sur le droit de faire la preuve des faits diffamatoires, au cours de la discussion devant la Chambre.

Le législateur s'est sagement arrêté au système qui avait fait ses preuves, qui avait donné de bons résultats, en un mot au système de la loi de 1819. La preuve est permise contre les fonctionnaires et les personnes publiques, interdite contre les simples particuliers.

Voici les raisons qui ont été invoquées aussi bien au cours de la loi de 1819 que pendant la discussion de la loi de 1881. En ce qui concerne les particuliers, la société n'est pas intéressée à la révélation des faits qui ont trait à leur vie privée. La preuve de ces faits ne peut lui pro-

1. Séance du 15 février 1881. *Journal officiel* du 16 février. Débats de la Chambre, page 265.

2. Même séance. *Ibid.*

curer aucun avantage. Elle peut en revanche présenter de graves inconvénients, dont le plus grave assurément, et de rendre possible la divulgation des condamnations encourues par certaines personnes, et d'empêcher ainsi leur réhabilitation morale.

Lorsque la diffamation est dirigée contre des fonctionnaires publics, il en est différemment. La société est intéressée au contraire à connaître tous les actes de leur vie publique. Elle a incontestablement un droit de surveillance sur ceux qui sont chargés de la gestion de ses intérêts, et la presse doit pouvoir lui signaler les fautes, les crimes, les délits commis par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions; en le faisant la presse rend un véritable service à la société « qui se trouve par là avertie du danger que lui fait courir un serviteur infidèle (1). » L'impunité doit donc être assurée au révélateur, mais à une condition c'est que les faits soient prouvés. Le droit de faire la preuve nous apparaît donc, envisagé à ce point de vue, comme un contre-poids au pouvoir accordé à la presse par le législateur.

La preuve peut encore être faite d'après l'article 35 lorsque le diffamé est un administrateur ou un directeur d'une société faisant publiquement appel à l'épargne et au crédit. Mais la loi ne dit pas en ce qui concerne les administrateurs et les directeurs de ces sociétés à quels faits l'imputation doit avoir trait pour que la preuve puisse être faite.

1, Rapport de M. de Broglie sur la loi du 15 avril 1871. Dalloz, 71, 4^e, page 45.

Mais il est un point certain, c'est que la preuve ne peut être admise pour les imputations diffamatoires relatives à la vie privée ; la preuve n'est admissible que dans le cas où la diffamation attaque les administrateurs et directeurs en cette qualité. Comment se fera une distinction si délicate ? Frappé de la difficulté qui comportait une pareille distinction, un sénateur, M. Bozerian, demanda à la commission de préciser les faits dont la preuve pourrait être faite contre les directeurs et administrateurs. M. Laboulaye répondit au nom de la commission, en indiquant, le fait de la mise en société, le versement du premier quart. En d'autres termes on pourra prouver contre les administrateurs et directeurs tous les faits relatifs à leurs fonctions lesquelles consistent à gérer les intérêts de la société, conformément aux règles de la loi et de l'honnêteté (1).

L'alinéa de l'article 35, consacré aux directeurs et administrateurs, semble accorder le droit de faire la preuve des imputations injurieuses. Il en est, en effet, ainsi : « La vérité des imputations diffamatoires et injurieuses pourra être établie. » Résulte-t-il de ce texte que la loi permette d'établir la vérité de l'injure ? Il ne faut pas hésiter à répondre non, avec les travaux préparatoires. Voici, en effet, ce que disait M. Lisbonne : « La question (de l'admissibilité de la preuve) n'a d'intérêt que s'il s'agit de diffamation, non d'injure et d'outrage. L'injure ne renferme l'im-

1. Sénat, séance du 11 juillet 1881. *Journal officiel* du 12 juillet. Débats du Sénat, page 1415.

putation d'aucun fait précis. Il n'y a, dans ce cas, rien à prouver que l'injure elle-même. » Le législateur n'a donc pas voulu autoriser la preuve des imputations injurieuses. La rédaction du deuxième alinéa de l'article 35 s'explique par une inadvertance du législateur, qui a laissé passer les mots : *et injurieuses* à la suite de ces mots : *la vérité des imputations diffamatoires*.

La loi ne laisse pas les fonctionnaires publics, ni les administrateurs et directeurs des sociétés, sans moyen de défense. Elle leur réserve le droit de faire la preuve contraire des articulations formulées par le prévenu (art. 35, 3°).

L'article 35 de la loi de 1881 contient une innovation importante. Il assimile aux fonctionnaires, relativement à la preuve, les directeurs et administrateurs des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne et au crédit. Cette disposition a été ajoutée par le Sénat au texte voté par la chambre des députés. M. Pelletan, rapporteur, a ainsi justifié l'innovation : « N'y a-t-il pas à côté des agents de l'autorité, d'autres hommes qui revêtent, en quelque sorte, un caractère public, par cela seul qu'ils font appel à la fortune publique. La plupart de ces entreprises sont, à coup sûr, loyales, mais il en est qui ne sont que des spéculations, des maisons de jeu qui voient les cartes, comme on l'a dit. On reprocha un jour à la presse, du haut de la tribune, de ne pas signaler ces détournements de l'épargne nationale, mais elle ne les eût dénoncés que pour courir à une condamnation certaine par l'interdiction de la preuve en matière de diffamation. Notre commission a voulu

autoriser cette preuve pour mettre la crédulité à l'abri de l'exploitation. »

Abordons maintenant le commentaire de l'article 35 et des autres articles de la loi qui se réfèrent à la preuve. Dans un premier paragraphe, nous indiquerons dans quels cas la preuve est permise et nous parlerons du droit de faire la preuve contraire réservée à la personne diffamée. Un second paragraphe sera consacré à la procédure spéciale en matière de preuve et aux effets de la preuve.

§ 1. — *Des cas dans lesquels la preuve est permise.*

L'article 35 permet la preuve des imputations diffamatoires lorsqu'elles sont dirigées contre les corps constitués, les cours, tribunaux, administrations publiques, contre les fonctionnaires publics, les personnes chargées d'un mandat ou service public, les membres des cultes, les jurés, les témoins. La preuve n'est autorisée que si l'imputation est relative aux fonctions ou, lorsqu'il s'agit d'un témoin, à sa déposition. Lorsque l'imputation se rapporte à des faits de fonction et à des faits étrangers à la fonction, il faudra distinguer suivant que les imputations sont divisibles ou indivisibles, et appliquer les principes que nous avons posés à propos de la compétence.

L'article 20 de la loi du 26 mai 1819 réservait au plaignant le droit de faire la preuve contraire. L'article 23 lui accordait aussi le droit de faire entendre des témoins

pour attester sa moralité ; le prévenu n'était admis dans aucun cas à faire entendre des témoins contre la moralité du plaignant (même article). Quoique la loi de 1881 n'accorde pas au plaignant, d'une manière expresse, le droit de faire entendre des témoins pour attester sa moralité, il faut décider que ce droit lui appartient.

§ 2. — *De la procédure spéciale à la preuve et des effets de la preuve.*

Le prévenu, lorsqu'il veut faire la preuve des imputations diffamatoires, doit, dans les cinq jours qui suivront la notification de la citation, faire signifier au plaignant, ou au ministère public, suivant qu'il est assigné à la requête de l'un ou de l'autre : 1^o Les faits articulés et qualifiés dans la citation desquels il entend prouver la vérité ; 2^o la copie des pièces ; 3^o les noms, profession et domicile des témoins qu'il veut faire entendre. Cette signification contiendra en outre élection de domicile par la cour d'assises. Ces formalités sont prescrites au prévenu, sous la peine, s'il ne s'y conforme pas, d'être déchu du droit de faire la preuve (art. 52).

De même, lorsque le ministère public ou le plaignant veulent user du droit de faire la preuve contraire, ils sont tenus, dans les cinq jours qui suivent la notification faite par le prévenu de faire signifier à ce dernier au domicile par lui élu la copie des pièces, et les noms, professions et

demeures des témoins par lesquels ils entendent faire la preuve. Si le ministère public ou le plaignant ne remplissent pas ces formalités ils sont déchus de leur droit (art. 53).

Les formalités prescrites par la loi nouvelle étaient également prescrites par la loi du 26 mai 1819. Seulement les délais pour les notifications imposées au prévenu, au plaignant, étaient de huit jours.

Ce délai de cinq jours accordé par la loi pour les notifications n'est pas un délai franc, le jour du terme s'y trouve compris.

Une question se pose pour le cas où le preneur condamné par défaut forme opposition à l'arrêt. Jouit-il du délai de cinq jours à partir de l'opposition pour faire les notifications prescrites par la loi ?

La loi de 1819 décidait en termes exprès que le preneur avait, lorsqu'il formait opposition, un délai de huit jours et que ce délai courait de la date de l'opposition.

La loi de 1835 dans son article 25 disposait que l'opposition emportait de plein droit citation à la première audience. Le prévenu n'avait donc, pour faire ses notifications, que le laps de temps qui se plaçait entre son opposition et la première audience.

La loi de 1881 décide dans l'article 56, que l'opposition entraîne de plein droit citation à la première audience utile. Quelle est dans l'état actuel de la législation la solution qu'il faut donner à la question posée plus haut ?

Dans une affaire soumise à la cour d'assises de la Seine

le procureur général déposa des conclusions, demandant à la cour de décider, que les condamnés formant opposition, n'avaient pas, pour faire les notifications de preuve, un délai de cinq jours à compter de la date de leur opposition. Les conclusions du procureur général étaient ainsi formulées : « Attendu qu'en limitant à cinq jours, à partir de la citation, le délai pendant lequel les prévenus sont admis à produire leurs preuves, l'article 52 a voulu manifestement astreindre les journaux, à ne prêter leur publicité à des attaques contre les fonctionnaires, que lorsqu'ils ont par avance des preuves toutes prêtes qui les mettent en mesure d'accepter un débat immédiat sur le bien fondé de leurs imputations. Attendu qu'aux termes de l'article 56 l'opposition vaut citation à la première audience utile quel qu'en soit le jour, alors même qu'elle aurait lieu dès le lendemain ; qu'il résulte de là que le prévenu n'a droit à aucun délai entre l'opposition et le jugement d'icelle ; qu'il est donc impossible de prétendre que le délai de cinq jours établi par l'article 52 recommence à courir après l'opposition ; que s'il en était autrement, le délai de l'article 52 impliquerait, aux termes de l'article 53, un délai pareil pour la réponse du plaignant, il en résulterait, entre l'opposition et le jugement, un intervalle b'ig' de dix huit jours, qui n'est nullement entré dans les prévisions de la loi. »

La Cour rejeta les conclusions du procureur général. Les raisons invoquées par la Cour à l'appui de sa décision sont les suivantes. La partie condamnée par défaut qui forme opposition est remplacée par son opposition dans

la situation où elle se trouvait, avait que la condamnation par défaut ne fût prononcée. Elle doit par suite conserver le droit de faire la notification de preuve dans le délai de cinq jours accordé par la loi. Elle ne pourrait être privée de ce droit que par un texte de loi ; or, ce texte n'existe pas ; en l'absence de texte cette déchéance ne peut être présumée. En outre à quoi servirait le droit de faire opposition, si l'opposant était déchu de faire la preuve ? Pour que l'opposition soit efficace, il faut que l'opposant conserve son droit de faire la preuve, ce qui suppose forcément qu'il jouit du délai de cinq jours pour faire ces notifications. On peut en outre invoquer un argument de texte. L'article 188 du Code d'instruction criminelle dispose « que l'opposition emportera de droit citation à la prochaine audience. » Le législateur de 1881 n'a pas reproduit ces expressions de l'article 188 Code instr. crim. Il a employé une formule plus claire et plus précise dans l'article 56 : « L'opposition vaut citation à la première audience utile. » L'opposition vaut une citation ! Elle doit donc en produire les effets. De plus que faut il entendre par première audience utile ? Cette audience utile est évidemment celle qui est suffisamment distincte de l'opposition pour que les notifications puissent être faites dans les délais prescrits par la loi. Telles sont les raisons qui ont amené la Cour à rejeter les conclusions du procureur général (1). Nous croyons devoir nous prononcer dans le même sens que la Cour d'assises de la Seine.

1. V. conclusions et arrêt. 1881. Dalloz, 83, 2, 148.

Nous avons dit que les formalités de la notification étaient prescrites à peine de déchéance du droit de faire la preuve. Cette déchéance est d'ordre public. Elle ne peut donc pas être couverte par la renonciation de la partie civile à s'en prévaloir. C'est ce qu'avait décidé la jurisprudence avant la loi de 1881 (1), c'est ce qu'elle a décidé depuis la promulgation de cette loi (2).

Nous savons que la preuve des faits diffamatoires peut être faite contre les administrateurs et directeurs des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne et au crédit. Nous savons aussi que la Cour de cassation a décidé que la diffamation contre ces administrateurs et directeurs était de la compétence des tribunaux correctionnels. Quelle est devant les tribunaux correctionnels la procédure applicable à la preuve ? Est-ce la procédure indiquée par la loi pour l'administration de la preuve devant la Cour d'assises ? La Cour de cassation a répondu avec raison affirmativement (3). En conséquence les juges ne peuvent ordonner la preuve si le prévenu ne l'a pas offerte et s'il n'a pas fait la notification dans les délais prescrits par l'article 52.

De quelle manière la preuve pourra-t-elle être faite ? Elle pourra être faite de toutes les manières, soit par témoins, soit par écrit. Mais il a été décidé que la notoriété,

1. Crim., 1^{er} avril 181. Dalloz, 81, 1, 334.

2. Cour d'assises de la Seine, 15 novembre 1881. Dalloz, 83, 2, 148.

3. Crim., 29 juillet 1882. Dalloz, 82, 1, 383. En sens contraire, jugement du tribunal de Lille, 28 janvier 188. *Journal la Loi*, 5 mars 1882.

quelque manifeste qu'elle puisse être, ne peut tenir lieu de preuve (1).

Si la preuve offerte par le prévenu a été faite, l'article 35 ordonne qu'il devra être renvoyé des fins de la plainte (2).

Deuxième partie

De la procédure devant les tribunaux correctionnels

Le règlement de la procédure à suivre devant les tribunaux correctionnels n'a pas donné lieu à de longs débats soit à la Chambre, soit au Sénat.

Le projet rédigé par la commission de la Chambre des députés renvoyait au droit commun. Une seule exception était faite en ce qui concerne la citation qui se trouvait soumise aux formalités prescrites pour la citation devant la cour d'assises. Des modifications ont été apportées, pendant la discussion, au texte primitif du projet ; nous le signalerons en commentant l'art. 60. Mais ce qu'il importe de faire remarquer, c'est que, malgré ces modifications, le caractère de la procédure considérée dans son ensemble n'a pas été changé ; il est resté dans la loi ce qu'il était dans le projet. La procédure applicable est la procédure du droit commun. Tel est le principe formulé dans l'art. 60.

1. Cour de Rennes, 27 mars 1878. Dalloz, 80, 2, 68.

2. Nous ne traiterons pas ici du défaut de l'opposition, des incidents de la convocation extraordinaire de la Cour d'assises ; parce qu'il n'y a là rien qui soit spécial à la diffamation.

Mais ce principe comporte certaines exceptions et ces exceptions sont énumérées par le même article 60.

La première exception nous est déjà connue. C'est celle qui subordonne l'exercice de l'action publique à une plainte de la personne diffamée. Cette disposition a été insérée dans l'art. 60, pendant l'intervalle entre la première et la deuxième délibération devant la Chambre des députés.

La seconde exception est relative au délai de la citation. Ce délai est réduit à vingt-quatre heures, outre le délai de distance, dans le cas de diffamation ou d'injure contre un candidat à une fonction élective pendant la période électorale. Cette abréviation des délais de la citation a été votée sur la proposition d'un député M. Lorois qui la justifiait en montrant « quel inconvénient sérieux il y aurait à ce qu'un candidat diffamé n'obtînt la réparation à laquelle il a droit que lorsque la période électorale serait terminée. » Il y a donc intérêt à abréger les délais de la procédure en sa faveur (1).

Arrivons à la disposition la plus importante de l'article 60, à celle qui est relative aux formalités de la citation. Ces formalités sont les mêmes que les formalités prescrites par l'article 48 pour le réquisitoire du ministère public, et par l'article 50 pour la citation devant la Cour d'assises. La citation devra préciser les faits, les qualifier, en outre,

1. Séance du 1^{er} février 1881. Journal du 2 février. Débats de la Chambre, page 133, et *Journal officiel* du 6 février. Débats de la Chambre, page 153 et 154.

elle indiquera le texte applicable à la poursuite. Ces formalités sont prescrites à peine de nullité.

Il n'est point nécessaire, comme nous l'avons déjà dit, de reproduire intégralement le texte des articles, dans la citation. Il suffit de désigner l'article par son numéro.

Une difficulté s'est élevée, sur les mots de l'article 60 relatifs à l'indication du texte de loi. Cet article dit que la citation « *indiquera le texte de loi applicable à la poursuite* ». Dans l'article 48 la loi parlait du texte « *dont l'application est demandée* » et dans l'article 50 « *des textes de la loi invoquée à l'appui de la demande* ». Les expressions employées par la loi dans l'article 60 ont-elles une signification différente de celle des expressions des articles 48 et 50, et par suite les formalités prescrites par l'article 60 diffèrent-elles des formalités édictées par les articles 48 et 50? On a soutenu l'affirmative. On a prétendu que la citation ne devait pas se borner à l'indication de l'article qui frappe le fait incriminé ; mais qu'elle devait en outre contenir l'indication de l'article qui définit légalement le fait, ainsi que l'indication des articles qui déterminent la responsabilité des prévenus, soit comme auteurs du fait incriminé, soit comme complices. En d'autres termes, la citation devrait contenir l'indication de tous les textes de loi « qui, en cas de condamnation, devraient être lus à l'audience, par le président et insérés dans le jugement (1). Le tribunal

1. Voyez, conclusions déposées par M. Gatineau devant le tribunal de la Seine. *Journal la Loi* du 30 décembre 1881

de la Seine avait adopté cette interprétation, en limitant toutefois les textes à citer aux textes qui définissent le délit, ou qui caractérisent la situation des prévenus soit comme auteurs principaux, soit comme complices (1). Quelles sont les considérations juridiques qui justifient une pareille interprétation ? C'est ce que ne nous apprennent pas, ni les conclusions qui ont provoqué le jugement, ni les motifs du jugement. Aussi bien font-elles complètement défaut.

La Cour de Paris a infirmé le jugement du tribunal de la Seine par un arrêt du janvier 1882. Cet arrêt, admirablement motivé, montre combien l'interprétation admise par le tribunal, manque de base juridique. Pour arriver à la solution qu'elle consacre, la Cour de Paris, c'est l'arrêt qui nous le dit, a recherché quel était dans le système des lois actuelles le sens des mots « loi applicable à la poursuite ». La Cour commence donc par procéder à l'examen et à l'interprétation des dispositions de notre droit criminel qui prescrivent l'insertion des textes de loi dans les jugements. Ces dispositions sont un nombre de trois : l'article 163, 195 et 369 du Code d'instruction criminelle. L'article 163 dit que les termes de la loi appliquée y seront insérés. L'article 155 parle du « texte de loi dont on fera l'application », et l'article 369 « du texte de la loi applicable ». Comment ces différentes expressions doivent-elles être entendues ? La jurisprudence constante de la Cour de cassation a décidé que ces différentes expressions ne visent que les articles qui prononcent les peines.

1. V. note précédente.

Par suite, il a été décidé que l'on ne devait insérer dans les jugements, que les textes qui prononcent les peines et qu'il est inutile d'y insérer les articles réglant la procédure et la compétence ; ceux qui ont pour but de définir et de caractériser les délits ou les crimes. Cela une fois établi, la Cour de Paris en conclut par *a fortiori*, que le texte qui suffit à justifier une condamnation suffit à la régularité de la poursuite. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait un texte de loi démontrant que le législateur a voulu donner à ces mots « loi applicable à la poursuite », un sens différent de celui que la jurisprudence lui avait donné. Or, ce texte n'existe pas, et d'après la Cour de Paris il ne peut pas exister. Car, dit la Cour, « il ne serait guère conforme aux habitudes dont peut justement s'honorer le législateur français, de livrer aux aventures d'un formalisme outré, le sort d'une poursuite destinée à protéger l'honneur des citoyens ; que, quelle que soit la liberté que la législation de 1881 ait entendu donner à la presse, il faut bien admettre qu'en se décidant à maintenir le droit de poursuite au profit des citoyens diffamés ou injuriés, il n'a pas voulu rendre cette poursuite sinon impossible du moins difficile, qu'il serait plus prudent de s'en abstenir ; qu'il n'eût pas été digne de lui d'environner la protection qu'il offrait, des pièges et des embûches d'une procédure écrivassière et inutile, et qu'enfin si le législateur voulait, après tout, créer des difficultés nouvelles de procédure, pour rendre plus rares les procès en diffamation, il devait s'expliquer clairement, et

faire connaître les motifs d'une innovation si étrange (1). »

La Cour de cassation a maintenu l'interprétation donnée par la Cour de Paris à ces mots de l'article 60 : « loi applicable à la poursuite (2) ».

La loi, nous le savons, prescrit toutes les formalités de la citation à peine de nullité. Nous nous étions demandé à propos de la citation devant la Cour d'assises si cette nullité était une nullité d'ordre public, et nous avons réservé cette question pour le moment, où nous exposerions les règles de la procédure, devant les tribunaux correctionnels. C'est maintenant le moment de l'étudier. Cette question a divisé la jurisprudence. Pour nous, nous croyons devoir décider que la nullité n'est pas d'ordre public (3). En effet, dans quel but ont été prescrites les formalités que doit contenir la citation. Est-ce dans l'intérêt public ? Évidemment non ? C'est dans l'intérêt du prévenu, c'est pour lui faire connaître l'objet de la poursuite, pour délimiter le terrain du débat et pour lui permettre de préparer sa défense. Cela résulte formellement du rapport de M. Lisbonne, à la Chambre des députés. En outre on peut invoquer en faveur de l'opinion que nous soutenons une considération qui se trouve reproduite dans beaucoup d'arrêts. La validité de la citation n'intéresse en rien l'ordre public,

1. V. *Journal la Loi*, 27 janvier 1882.

2. *Crim.*, 10 mars 1882. *Dalloz*, 82, 1, 190.

3. Dans le même sens, Cour d'Agen, 5 mai 1882. Cour de Besançon, 26 mai 1882. *Dalloz*, 83, 2, 38. Cour d'Angers, 17 juillet 1882. *Dalloz*, 83, 2, 183. En sens contraire. Cour de Paris, 4 juillet 1882. *Dalloz*, 83, 2, 38. Tribunal d'Oran, 14 décembre 1882. *Journal la Loi*, 24 décembre 1881.

et ce qui le prouve, c'est que l'action publique est constamment tenue en échec par le plaignant. Le ministère public doit pour poursuivre, attendre la plainte de la personne diffamée ; et le ministère public doit cesser les poursuites, si la personne diffamée se désiste.

L'avant dernier alinéa de l'article 60 est ainsi conçu : « sont applicables au cas de poursuite et de condamnation de l'article 48 ». L'article 48 auquel l'article 60 nous renvoie est relatif aux indications que doit contenir le réquisitoire du ministère public à fin d'information le renvoi à l'article 48 ne se comprend pas. En effet l'article 60 dans son 3^e détermine les formes de la citation et les conditions de la poursuite. Dans ce qui concerne la poursuite le renvoi est absolument inutile. Reste la condamnation. Mais à ce point de vue encore l'inutilité du renvoi est évidente, car les formalités prescrites pour le réquisitoire du ministère public, n'ont aucune raison d'être pour la condamnation.

L'avant dernière disposition de l'article 60 reste donc absolument inexplicable si on n'admet pas qu'elle contient une erreur. Cette erreur porte précisément sur l'indication de l'article auquel l'article 60 renvoie. L'article du projet qui correspondait à l'article 60 actuel était l'article 59 et il renvoyait à l'article 48 du projet. Mais ce dernier article est devenu dans la loi l'article 49. Les rédacteurs n'ont pas tenu compte de ce changement dans le numérotage des articles, et ils ont maintenu dans le texte définitif de l'article 60 le renvoi à l'article 48 au lieu de renvoyer à l'article

49. Si on reconnaît avec nous qu'une erreur a été commise, l'avant dernier alinéa de l'article 60 devient parfaitement intelligible.

En effet, l'article 49 détermine les cas dans lesquels la saisie des écrits, imprimés, journaux, pourra être ordonnée soit par le juge d'instruction, soit par l'arrêt de condamnation ; et l'on conçoit très bien que le législateur ait voulu rendre applicable à la procédure devant les tribunaux correctionnels les dispositions de cet article 49.

Le dernier alinéa de l'article 60 dispose que le désistement du plaignant arrêtera la poursuite commencée. Ce dernier alinéa a été ajouté à l'article du projet sur la proposition d'un sénateur M. Bozérian. Le plaignant est donc en quelque sorte maître de la poursuite.

Troisième partie

Procédure devant les tribunaux civils

La procédure applicable devant les tribunaux civils est celle du droit commun.

La procédure devant les tribunaux civils ne soulève guère que deux questions, toutes deux relatives à la preuve des faits diffamatoires.

Première question. — Lorsqu'un simple particulier exerce devant les tribunaux civils, une action civile à raison d'une diffamation, la preuve des faits diffamatoires peut-elle être faite ? Cette opinion a été soutenue sous l'empire de la loi

de 1819 par M. de Grattier (1) qui s'exprimait en ces termes : « Les règles que pose l'article 20 ne s'étendent pas au delà des limites (2) qu'elles reçoivent de la loi à laquelle cet article appartient, c'est-à-dire qu'elles sont restreintes aux cas où il s'agit de la poursuite d'un délit et, par conséquent à l'action portée devant les tribunaux de répression. Alors l'article 20 reçoit son application, soit que le ministère public poursuive sur la plainte ou sur la dénonciation de la partie lésée, soit que celle-ci ait saisi elle-même dans le cas où elle est recevable à la faire, la juridiction répressive. Mais lorsque le tribunal de répression n'est point saisi, lorsque la partie s'est adressée aux tribunaux civils pour demander la réparation du dommage qu'elle a souffert, ces tribunaux, dans l'appréciation et la preuve des faits, ne sont soumis qu'aux règles de droit commun qui leur sont propres, d'après les principes généraux du droit civil et ils ne peuvent être liés par les dispositions d'une loi de procédure criminelle. Dans ce cas la preuve de la vérité des faits diffamatoires sera toujours admise, sauf la preuve contraire ; elle pourra être faite même par témoins, aux termes de l'article 1438 du Code civil. La loi ne voit alors, comme la jurisprudence anglaise sur l'action civile, que le dommage causé par l'imputation, et elle admet la preuve pour ou contre le dommage causé et sa quotité. »

Lors de la discussion de la loi de 1881 devant la

1. De Grattier. Loi sur la presse. Tome I, pages 467 et suivantes.

2. Il s'agit ici de l'art. 20 de la loi du 26 mai 1819.

Chambre, un député, M. Lelièvre, émit, au cours des débats, l'opinion que la preuve de la vérité des imputations diffamatoires, dirigées contre un simple particulier, pouvait être faite devant les tribunaux civils.

Ce système est absolument inadmissible. Les règles relatives à la preuve des faits diffamatoires sont des règles d'ordre public. Le législateur permet dans l'intérêt général la preuve des faits reprochés aux fonctionnaires publics ; c'est encore au nom de l'intérêt général qu'il interdit la preuve des faits diffamatoires contre les simples particuliers. La société n'est pas intéressée, comme nous l'avons déjà dit, à la révélation des scandales de la vie privée, elle n'a rien à y gagner. La loi a voulu les empêcher en les punissant toutes, sans distinction, qu'elles soient vraies ou qu'elles soient fausses. Le but poursuivi par le législateur, assigne donc aux règles sur la preuve le caractère de règles d'ordre public au premier chef. S'il en est ainsi, elles conservent ce caractère quelle que soit la juridiction devant laquelle l'action résultant de la diffamation est exercée, juridiction civile ou juridiction de répression. On ne conçoit pas en effet qu'il soit entré dans l'intention du législateur de permettre devant les tribunaux civils la preuve qu'il a interdite devant les tribunaux correctionnels. La prohibition aurait été inutile puisqu'il aurait été si facile de l'éluder.

La jurisprudence (1) a consacré cette dernière opinion sous l'empire de la législation antérieure à 1884 ; nous

1. Tribunal de la Seine, 11 septembre 1868. Dalloz, 69, 3, 55. Crim. 15 janvier 1869. Dalloz, 69, 1, 307.

croyons pouvoir affirmer que c'est encore cette même opinion qui serait consacrée par la jurisprudence si l'admissibilité de la preuve des faits diffamatoires devant les tribunaux civils était remise en question.

La conséquence la plus importante de ce principe que la nullité n'est pas d'ordre public, c'est que cette nullité doit être, à peine de déchéance du droit de l'invoquer, proposée *in limine litis* (art. 173, Code procéd.).

Deuxième question. — On sait que la loi autorise, en cas de mort du diffamateur et en cas d'amnistie, les fonctionnaires publics à exercer devant les tribunaux civils l'action civile résultant de la diffamation dirigée contre eux. Ce droit d'exercer l'action civile devant les tribunaux civils appartient, dans tous les cas, aux directeurs et administrateurs des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne et au crédit. Car l'interdiction d'exercer l'action civile séparément de l'action publique, interdiction formulée par l'article 46, n'a été édictée que pour les fonctionnaires publics, les cours, tribunaux. — Elle est donc inapplicable aux directeurs et administrateurs des sociétés financières. Dès lors, voici la question qui se pose : lorsqu'une personne contre laquelle la loi permet la preuve des faits diffamatoires agit devant les tribunaux civils, la preuve des faits diffamatoires peut-elle être faite devant les tribunaux ? Nous croyons qu'il faut décider que cette preuve peut être faite ; et nous invoquons à l'appui de cette opinion la considération que nous avons invoquée pour résoudre la question précédente.

Les règles de la preuve sont d'ordre public ; elles ne sauraient donc dépendre de la juridiction devant laquelle l'action est exercée. Que cette action soit portée devant une juridiction de répression ou devant une juridiction civile, la société a dans tous les cas le même intérêt à la preuve des faits reprochés aux fonctionnaires et aux directeurs et administrateurs des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne et au crédit. C'est donc réaliser le but de la loi que d'admettre, dans l'hypothèse où nous nous sommes placés, la preuve des faits diffamatoires. C'est ce qui avait été décidé par la cour de cassation en 1846 et 1847. On se souvient qu'à cette époque la cour de cassation permettait aux fonctionnaires publics diffamés, de ne pas saisir la juridiction de répression et de porter l'action civile résultant de la diffamation devant les tribunaux civils. La Cour de cassation voulut empêcher que l'exercice de ce droit ne fournit un moyen d'éluder les règles de la loi relatives à la preuve, et déclara en conséquence que la preuve des faits diffamatoires devait être faite devant les tribunaux civils comme elle devait l'être devant les tribunaux de répression (1). Nulle doute que la Cour de cassation ne maintienne son ancienne jurisprudence sous l'empire de la loi de 1881.

1. Crim., 23 juin 1846. Dalloz, 46, 1, 225. Crim., 5 mai 1847. Dalloz, 47, 1, 113.

CHAPITRE V

PÉNALITÉ.

La gravité des peines varie suivant que la diffamation a été commise contre une cour, un tribunal, un corps constitué, un fonctionnaire public ou un simple particulier. Dans le premier cas, les articles 30 et 31 disposent que la diffamation sera punie d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 100 francs à 300 francs ou de l'une de ces deux peines seulement. La diffamation commise éontre les particuliers est punie par l'article 32 d'un emprisonnement de cinq jours à six mois et d'une amende de 25 francs à 2,000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement.

Les peines prononcées par la loi nouvelle sont notablement moins fortes que les peines prononcées par les lois anciennes. Ainsi, la loi du 17 mai 1819 punissait la diffamation contre les simples particuliers de cinq jours à un an d'emprisonnement et d'une amende de 25 francs à 2,000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement ; elle frappait la diffamation contre les dépositaires ou agents de l'autorité publique d'un emprisonnement de huit jours à dix-huit mois et d'une amende de 50 à 3,000 francs ou de

l'une de ces deux peines seulement (art. 16, 17 et 18, de la loi de 1819). L'article 5 de la loi du 25 mars 1882 aggrava les peines lorsque la diffamation avait été commise contre les cours, tribunaux et corps constitués : la loi prononçait la peine de l'emprisonnement de quinze jours à deux ans et une amende de 150 à 5,000 francs.

En outre, la loi du 9 juillet 1819, permettait d'augmenter la pénalité lorsque la diffamation avait été commise par la voie de la presse périodique. Les amendes pouvaient être élevées au double et en cas de récidive portées au quadruple sans préjudice des peines prononcées en cas de récidive par le Code pénal. L'article 14 de la loi du 18 juillet 1828 disposait que les amendes autres que celles prononcées par la présente loi et qui auront été encourues pour délit de publication par la voie d'un journal ou écrit périodique ne seraient jamais moindres du double du minimum fixé par les lois relatives à la répression des délits de la presse.

La loi du 9 septembre 1835 augmenta les pénalités édictées par les lois antérieures. Dans son article 9 elle permettait : dans tous les cas de diffamation prévus par les lois, de porter les peines de l'emprisonnement et de l'amende au double du maximum fixé par la loi. Le condamné pouvait en outre être interdit en tout ou en partie des droits mentionnés dans l'article 42 du Code pénal, pendant un temps égal à la durée de l'emprisonnement. Cette loi de 1835 fut abrogée par le décret du 6 mars 1848. A part

cette loi de 1835, toutes les autres lois sont restées en vigueur jusqu'à la loi de 1881.

Récidive. — D'après l'article 25 de la loi du 17 mai 1819 renvoyant en cas de récidive aux textes du code pénal, l'aggravation des peines prononcées par le code pénal était facultative pour les juges. La loi du 18 juillet 1828 permettait en outre, en cas de récidive, de prononcer selon la gravité du délit, la suspension du journal ou écrit périodique pour un temps qui ne pouvait excéder deux mois ni être moindre de dix jours. L'article 12 de la loi du 9 septembre 1835 reproduisait, sauf quelques modifications insignifiantes, les dispositions de la loi de 1828 en ce qui concerne la récidive en matière des délits. Enfin la loi du 11 mai 1868 autorisait les juges, en cas de récidive dans les deux années à partir de la première condamnation pour délits de presse autres que ceux commis contre les particuliers, à prononcer la suspension du journal ou écrit périodique pour un temps qui ne pouvait être moindre de quinze jours ni supérieur à deux mois.

Le projet de la Chambre des députés portait dans son article 66 que : « En cas de récidive des crimes et délits prévus et punis par la présente loi, l'aggravation des peines prononcées par le chapitre IV, Livre I^{er} du Code pénal ne sera pas obligatoire ». C'était sous une autre forme, la reproduction de l'article 25 de la loi du 17 mai 1819. Sur la proposition d'un député M. Lorois, la Chambre vota un article ainsi conçu : « Les dispositions du chapitre IV Livre I^{er} du Code pénal ne sont pas appli-

cables aux crimes et délits prévus par la présente loi (1). »

La récidive disparaissait donc en matière de délits de presse. A cette rédaction la commission du Sénat en substitua une autre qui est devenue le texte définitif de l'art. 63. « L'aggravation des peines résultant de la récidive, dit cet article, ne sera pas applicable aux infractions prévues par la présente loi. » Il ne faudrait pas croire cependant, comme semble l'autoriser cet article, que la loi de 1881 n'admet dans aucun cas l'aggravation des peines résultant de la récidive, ce serait commettre une grave erreur. La loi prévoit trois hypothèses où les peines sont aggravées à raison de la récidive : 1° L'art. 2 décide que la peine de l'emprisonnement pourra être prononcée contre l'imprimeur qui n'a pas indiqué son nom et son domicile au bas d'un imprimé, si dans les douze mois qui précèdent il a été condamné pour une contravention de même nature ; 2° l'art. 21 impose l'obligation de prononcer la peine de l'emprisonnement en cas de récidive des contraventions qu'il prévoit ; 3° l'art. 41 augmente la peine de la suspension contre les avocats et officiers ministériels, quand il y a récidive.

Cumul des peines. — Nous savons que conformément à l'article 365 du code d'instruction criminelle, en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée. Cette disposition s'appliquait à la diffamation comme aux autres délits puisque les lois sur la presse ne contenaient aucune disposition spéciale sur ce

1. Séance du 17 février 1881.

point. Ce n'est qu'en 1835 qu'il fut dérogé pour la première fois au principe posé par le code d'instruction criminelle. L'article 12 de la loi du 9 septembre 1835 décidait en effet que les peines qu'elle prononçait et les peines prononcées par les autres sur la presse devaient être intégralement subies lorsque les faits qui y donnaient lieu étaient postérieurs à la première poursuite. Cet article a été abrogé, comme on le sait déjà, par le décret du 6 mars 1848.

La loi du 16 juillet 1850 dans un article 9 reproduisait la disposition de l'art. 12 de la loi de 1835 en l'appliquant seulement aux condamnations pécuniaires. Cette disposition de la loi de 1850 relative aux peines pécuniaires était restée applicable même sous l'empire du décret du 17 février 1852. C'est ce qui avait été décidé par la jurisprudence (1). Au contraire en ce qui concerne les peines autres que les peines pécuniaires la jurisprudence déclarait que l'art. 365 du code d'introduction criminelle devait recevoir son application.

La loi nouvelle dispose dans le 2^e alinéa de l'art. 62 qu'en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits les peines ne se cumuleront pas, et que la peine la plus forte sera seule prononcée. Cet alinéa n'existait pas dans le projet primitif soumis à la chambre des députés ; il a été ajouté à

1. Cass., 1^{er} décembre 1877. Dalloz, 78, 1, 495.

2. Crim. Dalloz, 13 juillet 1860. Dalloz, 60, 1, 467. Cour de Chambéry, 13 novembre 1873. Dalloz, 74, 2, 439.

l'art. 62 par la commission de la chambre dans l'intervalle de la première à la deuxième délibération.

Circonstances atténuantes. — Le législateur de 1881 décide que l'art. 463 du code pénal est applicable dans tous les cas prévus par la présente loi. Remarquons cette expression : dans tous les cas. — Dans sa généralité, elle comprend les crimes, les délits et les contraventions. C'est avec intention que le législateur a employé cette expression : « Nous avons évité, disait M. Lisbonne dans son rapport, de nous servir de l'expression délit pour ne pas donner lieu à l'équivoque et laisser supposer que nous refusons le bénéfice des circonstances atténuantes aux infractions, qui sont plutôt des contraventions matérielles que des délits intentionnels. »

Lorsque les juges auront reconnu l'existence des circonstances atténuantes, la peine prononcée ne pourra excéder la moitié de la peine édictée par la loi (art. 64). Cette disposition a pour but, ainsi que cela résulte des déclarations de M. Lisbonne, d'enlever à la cour d'assises le droit de prononcer le maximum des peines correctionnelles édictées par la loi, lorsque le jury aura admis les circonstances atténuantes.

Le droit d'accorder le bénéfice des circonstances atténuantes en matière de diffamation, n'a pas été reconnu de tout temps aux tribunaux. Ainsi à part les dispositions de l'art. 54 de la loi du 25 mars 1822, de l'art. 8 de la loi du 10 décembre 1830, de l'art. 2 de la loi du 16 février 1834 qui autorisaient les juges à admettre les circonstances atténuantes

dans des cas étrangers à notre matière, ce n'est qu'en 1848, par un décret du 11 août de cette année, que le bénéfice des circonstances atténuantes fut rendu applicable à tous les délits commis par la voie de la presse et par suite à la diffamation commise par la voie de la presse,

La loi du 27 juillet 1840 déclara également qu'en principe l'article 463 du code pénal était applicable aux délits de presse. Dans le cas où le jury avait admis les circonstances atténuantes, cette loi décidait que la peine ne pouvait jamais s'élever au dessus de la moitié du maximum prononcé par la loi.

L'art. 15 de la loi du 18 juillet 1868 étendait le bénéfice des circonstances atténuantes à tous les crimes, délits, infractions commis par la voie de la presse, sans que l'amende puisse être inférieure à cinquante francs.

Mais le décret de 1848, la loi de 1849 et de 1868 ne visaient que les délits et les infractions commis par la voie de la presse. Les dispositions de ces lois étaient donc inapplicables aux délits ou infractions commis par la voie de la parole, et en particulier à la diffamation verbale. Fallait-il en conclure que les juges ne pouvaient accorder les circonstances atténuantes dans les cas de diffamation verbale? Nous ne le pensons pas, comme tous les autres délits, la diffamation verbale était soumise sur ce point aux règles du code pénal.

CHAPITRE VI

DE L'EXTINCTION DE L'ACTION RÉSULTANT DE LA DIFFAMATION

L'action en diffamation s'éteint par la mort de l'auteur de la diffamation, par la renonciation, par la transaction et enfin par la prescription. Reprenons l'une après l'autre ces diverses causes d'extinction de l'action en diffamation.

1° Mort de l'auteur de la diffamation. — Conformément à l'article 2 du code d'instruction criminelle l'action en diffamation s'éteint par la mort du diffamateur. L'action civile peut être exercée désormais contre les héritiers du diffamateur. Dans le cas où la personne diffamée meurt avant d'avoir déposé sa plainte, l'action publique et l'action civile sont éteintes ; le silence, l'inaction du diffamé sont considérés comme une renonciation au droit de demander la répression de la diffamation.

2° Renonciation. — C'est un principe de notre droit criminel que la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique. Il en est autrement en matière de diffamation ; la personne diffamée peut renoncer à l'action en diffamation puisque, en ne déposant pas de plainte, elle peut empêcher la mise en mouvement de cette action,

La renonciation peut être expresse ou tacite. Elle n'est

soumise à aucune forme déterminée. Les juges apprécieront souverainement, d'après les circonstances, si la personne diffamée a entendu renoncer à son action.

3° *Transaction*. — Du moment que le diffamé peut renoncer à son action, il peut valablement transiger. La transaction porte évidemment sur le droit de déposer la plainte, c'est une espèce de renonciation à ce droit. Elle s'oppose, comme nous l'avons déjà dit, à l'exercice de l'action civile et à l'exercice de l'action publique.

4° *Prescription*. — C'est parmi les causes d'extinction de l'action en diffamation, celle qui mérite le plus d'attirer notre attention.

D'après l'article 65 de la loi de 1881 le délai de la prescription de l'action publique et de l'action civile, résultant des crimes, délits, contraventions qu'elle prévoit est fixé à trois mois. Le législateur n'établit donc aucune différence entre l'action civile et l'action publique, il assigne à la prescription de ces deux actions le même délai. Il en était autrement dans la loi du 26 mai 1819. L'article 29 de cette loi distinguait entre l'action civile et l'action publique. L'action civile se prescrivait par trois années revolues à compter du fait de la publication ; l'action publique se prescrivait en principe par six mois à compter du fait de la publication ; exceptionnellement, le délai de la prescription de l'action publique était porté à un an lorsqu'il y avait eu un acte de poursuite ou d'instruction. Dans ce cas le délai courait du jour de ce dernier acte, Le système de la loi de 1819 a subsisté jusqu'au décret du 17 février

1852, dont l'art. 27 renvoie sur ce point comme sur tous les autres, aux dispositions du code d'instruction criminelle. Donc depuis le décret de 1852 le délai de la prescription est le même pour l'action publique et pour l'action civile ; le délai est de trois années d'après l'art. 638 du code d'instruction criminelle. La cour de cassation avait décidé que la loi du 15 avril 1874 n'avait pas abrogé l'art. 27 du code d'instruction criminelle et que le délai de la prescription de l'action civile et de l'action publique restaient fixés, même depuis la promulgation de cette loi, à trois années (1). La loi du 25 décembre 1875 n'avait pas non plus abrogé l'art. 27 du décret du 17 février 1852.

Le délai fixé par la loi nouvelle s'applique également aux prescriptions commencées à l'époque de la promulgation de la loi et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les lois existantes, plus de trois mois à compter de la même époque. Donc trois mois après la promulgation de la loi toutes les prescriptions commencées antérieurement seront définitivement accomplies (2).

Le délai de la prescription court du jour où le délit de diffamation a été commis ou du jour du dernier acte de poursuite, s'il en a été fait.

La prescription peut être interrompue, mais elle ne peut être valablement interrompue que par un acte de

1. Crim., 8 juin 1872. Dalloz, 72, 1, 283. Crim., 31 juillet 1874. Dalloz, 75, 1, 97-101.

2. Crim., 16 mars 1882, Dalloz, 82, 1, 239.

poursuite. Elle se trouve donc acquise lorsqu'il s'est écoulé trois mois depuis l'une de deux époques ci-dessus indiquées sans qu'il soit intervenu aucune décision judiciaire. La jurisprudence veille avec le plus grand soin à l'observation des délais de la prescription. Ainsi il a été jugé, avec toute raison, que la prescription était acquise lorsqu'il s'était écoulé trois mois entre la date de la citation et celle de l'audience, même dans le cas où cette dernière date aurait été fixée par le greffe en vertu du règlement intérieur d'un tribunal (1) Un pareil règlement ne peut faire échec à la loi ; d'ailleurs la personne diffamée pouvait facilement interrompre la prescription. Elle n'avait qu'à renseigner le prévenu. Il faudrait décider de même dans le cas où, lors de la comparution des parties devant un tribunal, ce tribunal renvoie l'affaire à une audience dont la date est postérieure de plus de trois mois à la date du délit ou à la date du dernier acte de poursuite.

1. Cour de Grenoble, 8 février 1883. *Journal la Loi*, 17 février 1883.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. — La crémation des morts n'a jamais été obligatoire à Rome.
- II. — L'*exceptio postremi spiritus ore* n'était pas, à proprement parler, une cérémonie funèbre.
- III. — L'*actio funeraria* était garantie par une hypothèque privilégiée.
- IV. — Le cénotaphe qui avait été construit pour un mort dont le cadavre n'avait pu être retrouvé, était une *res religiosa*.
- V. — Le droit de construire un sépulcre sur un fonds appartenait à celui qui pouvait invoquer la *præscriptio longi temporis*.
- VI. — L'*actio de sepulcro violato* est infamante.
- VII. — La preuve de la vérité du fait allégué, faisait tomber l'action d'injures lorsque la révélation de ces faits était utile et légitime.
- VIII. — Dans l'action négative, c'est au demandeur qu'il appartient de prouver la non existence de la servitude.

- IX. — L'*in integrum restitutio* est le premier procédé général de répression imaginé contre le dol.
- X. — Le bénéfice de cession d'actions appartenait aux *correi promittendi*, qu'il y eût ou non société entre eux.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

- I. — La propriété littéraire ne tombe pas en communauté.
- II. — Le légataire universel est tenu des dettes *ultra vires successionis*.
- III. — La reconnaissance d'un enfant naturel contenue dans un testament authentique subsiste malgré la révocation de ce testament.
- IV. — Les héritiers du donateur peuvent opposer le défaut de transcription de la donation.
- V. — Le droit de bail ne confère au preneur qu'un droit personnel.
- VI. — L'action en garantie accordée par les articles 1792 et 2270 du Code civil ne peut plus être exercée lorsqu'il s'est écoulé dix ans depuis la réception des ouvrages.

DROIT CRIMINEL

- I. — Pour porter une plainte en diffamation, la femme a besoin de l'autorisation de son mari.

- II. — Les officiers ministériels ne sont pas des fonctionnaires publics dans le sens de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
- III. — L'insertion d'une imputation diffamatoire dans le registre des délibérations d'un conseil municipal constitue la publicité exigée par l'article 23 de la loi précédente.
- IV. — La diffamation contre les administrateurs des sociétés financières faisant publiquement appel à l'épargne et au crédit est de la compétence des tribunaux correctionnels.
- V. — La preuve de la vérité des imputations diffamatoires dirigées contre un simple particulier ne peut pas être faite lorsque l'action est portée devant les tribunaux civils.
- VII. — La diffamation contenue dans une carte postale ne remplit pas les conditions de publicité requises par la loi et ne tombe pas sous le coup de la loi pénale.

DROIT COMMERCIAL ET INDUSTRIEL

- I. — Les marchés à terme sont valables.
- II. — Les créanciers de la faillite ne peuvent pas prétendre que la vente non transcrite est nulle à leur égard.

III. — L'invention divulguée par un tiers, même frauduleusement, perd son caractère de nouveauté.

IV. — Le transit en France d'un objet contrefait n'est pas un délit de contrefaçon.

Vu par le Président de la thèse,

E. GARSONNET.

Vu par le Doyen de la Faculté,

СН. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I. — Croyances sur l'âme et sur la mort	5
CHAPITRE II.	16
<i>Section I.</i> — Quelles personnes doivent conduire les funérailles.	16
<i>Section II.</i> — Des funérailles	21
<i>Section III.</i> — Du deuil et des cérémonies funèbres	66
§ 1. — Du deuil	66
§ 2. — Des cérémonies funèbres postérieures aux funérailles.	70
Des fêtes des morts	70
<i>Section IV.</i> — Du paiement des frais funéraires	76

DEUXIÈME PARTIE

Des sépulcres

CHAPITRE I.	105
<i>Section I.</i> — De l'emplacement des sépulcres à Rome.	105
<i>Section II.</i>	114
§ 1. — Des diverses espèces de sépulcres	114
§ 2. — Inscriptions gravées sur les sépulcres	122
§ 3. — De la privation de sépulture.	126
CHAPITRE II. — Des <i>res religiosæ</i>	131
§ 1. — Des conditions requises pour qu'une chose devienne une <i>res religiosa</i>	131.

§ 2. — De la condition juridique des <i>res religiosæ</i> et du <i>jus sepulcri</i>	152
CHAPITRE III. — Des lois tendant à la protection du droit de construire <i>in sepulcro</i> et du <i>jus sepulcri</i>	166
Section I. — De l'interdit <i>de sepulcro ædificando vel reficiendo</i>	167
Section II. — De l'interdit <i>de mortuo inferendo</i>	169
Section III.	176
CHAPITRE IV. — De la violation des sépulcres	178
§ 1. — Faits qui constituent la violation de sépulture	178
§ 2. — <i>Actio de sepulcro violato</i>	182
§ 3. — Des peines de la violation de sépulture	188

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION	191
CHAPITRE I. — Du délit de diffamation	204
Première partie. — Différences de la diffamation, de l'injure et de l'outrage.	204
Deuxième partie. — Définition et éléments constitutifs de la diffamation.	208
Section I. — Imputation ou allégation d'un fait.	209
Section II. — Faits portant atteinte à l'honneur et à la considération	220
Section III. — De la publicité	239
§ 1. — Publication par la parole	244
§ 2. — Publicité par l'écriture	258
Section IV. — De l'intention de nuire.	267
Troisième partie. — Des différentes classes de personnes qui peuvent être diffamées	276
Section I. — De la diffamation envers les cours, les tribunaux, armées de terre et de mer, corps constitués	278
Section II. — Diffamation envers les fonctionnaires dépositaires ou agents de l'autorité publique.	281
Section III. — De la diffamation contre les directeurs et administrateurs de sociétés financières.	298

<i>Section IV.</i> — De la diffamation contre les particuliers	299
<i>Section V.</i> — De la diffamation envers les morts.	300
CHAPITRE II. — De la poursuite	312
Première partie. — Action résultant de la diffamation	312
<i>Section I.</i> — De l'action publique	312
<i>Section II.</i> — De l'action civile.	325
Deuxième partie. — Quelles personnes peuvent être poursuivies	331
<i>Section I.</i> — Des personnes qui peuvent être poursuivies comme auteurs et comme complices de la diffamation	331
<i>Section II.</i> — Des immunités	339
§ 1. — Des immunités conférées aux discours tenus et aux écrits produits devant l'une des deux chambres	340
§ 2. — De l'immunité accordée aux discours prononcés et aux écrits produits devant les tribunaux	347
§ 3. — De l'immunité accordée aux comptes rendus des débats parlementaires et judiciaires	368
Troisième partie. — Des causes qui peuvent s'opposer à l'exercice des actions résultant de la diffamation.	374
<i>Section I.</i> — Des moyens de défense que peut invoquer la femme.	374
<i>Section II.</i> — Du sursis aux poursuites	376
§ 1. — But et nature du droit au sursis	380
§ 2. — Condition du sursis.	386
CHAPITRE III. — De la compétence	407
<i>Section I.</i> — De la compétence générale à raison de la nature de l'affaire.	407
§ 1. — Compétence de la Cour d'assises	416
§ 2. — Compétence des tribunaux correctionnels	419
§ 3. — Compétence des tribunaux civils.	421
<i>Section II.</i> — Compétence spéciale à raison d'une affaire déterminée	422
CHAPITRE IV. — De la procédure.	425
Première partie. — De la procédure devant la Cour d'assises	427
<i>Section I.</i> — Des formalités antérieures à la comparution en justice.	427
<i>Section II.</i> — De la comparution en justice	435
<i>Section III.</i> — De la preuve	437
§ 1. — Des cas où la preuve est permise	446

§ 2. — De la procédure spéciale à la preuve et des effets de la preuve.	447
Deuxième partie. — De la procédure devant les tribunaux correctionnels	452
Troisième partie. — Procédure devant les tribunaux civils	459
CHAPITRE V. — Pénalités	464
CHAPITRE VI. — De l'extinction des actions résultant de la diffamation	471
POSITIONS	475

Imprimerie A. DERENNE, Mayenne. — Paris boulevard St-Michel, 52.
